

DISSERTATION présentée à la Haute Faculté de Droit
de l'Université de Fribourg
par PIERRE ÆBY, licencié en droit, pour l'obtention du
doctorat.

LA DONATION A CAUSE DE MORT

sous forme d'une donation affectée
de la clause de retour

D'APRÈS LE CODE CIVIL SUISSE



ESTAVAYER — Imp. H. BUTTY & Cie.

— 1910 —

DISSERTATION présentée à la Haute Faculté de Droit
de l'Université de Fribourg
par PIERRE ÆBY, licencié en droit, pour l'obtention du
doctorat.

LA DONATION A CAUSE DE MORT

sous forme d'une donation affectée
de la clause de retour

D'APRÈS LE CODE CIVIL SUISSE



ESTAVAYER — Imp. H. BUTTY & Cie.

— 1910 —

PRÉFACE

En procédant à la rédaction de cette thèse, nous avions l'intention d'étudier les dispositions du Code civil pouvant s'appliquer à la donation à cause de mort en général. Mais un tel sujet eut exigé des développements et une ampleur que nous ne pouvions songer à donner à une thèse de doctorat. Aussi cette étude ne traitera-t-elle que de l'un des côtés de la donation à cause de mort.

Le code civil suisse s'étant, sur plus d'un point, rapproché de son devancier, le code civil de l'empire allemand, et la bibliographie de ce dernier étant déjà fort riche, nous avons été amenés à y puiser largement. C'est ce qui a occasionné le fait que la plupart des citations de cette étude se rapportent à des ouvrages allemands. À défaut de transcriptions françaises généralement accréditées, nous avons donné de cette doctrine, là où il nous était permis de le faire, une traduction que nous nous sommes efforcés de rendre adéquate.

Si l'exposé qui va suivre réussit à trouver un accueil favorable, qu'il nous soit permis de remercier ici ceux qui au cours de ce travail n'ont cessé de nous prodiguer leurs excellents conseils, MM. les Professeurs Oser et Tuor.

Notre but sera pleinement atteint, si cette étude parvient à jeter quelque lumière sur le problème si complexe de la donation à cause de mort.

Fribourg, en septembre 1910.

PIERRE ÆBY

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
<i>Aperçu historique</i>	1
CHAPITRE I. — Le droit romain et le droit commun .	1
» II. — Le droit civil français	7
» III. — Le code civil de l'empire allemand. .	11
» IV. — Les législations cantonales	13

La donation à cause de mort dans le code civil suisse	17
--	----

CHAPITRE I.

Caractères de la donation affectée de la clause de retour	19
§ 1. — Caractère communs à toute donation .	21
a) — Le contrat	21
b) — Enrichissement du donataire appauvris- sement du donateur	24
c) — La gratuité de l'acte	28
§ 2. — La clause de retour.	30
a) — Portée de l'art. 273 i T. f. 59 . . .	30
b) — Fondement de l'article 273 i . . .	37
c) — Sanction de l'article 273 i	40
§ 3. — La révocabilité	41

CHAPITRE II.

Les formes de la donation affectée de la clause de retour	46
§ 1. — En général	46
§ 2. — La promesse de donner	51
§ 3. — La donation manuelle	57
§ 4. — La donation d'immeubles	64

CHAPITRE III.

La capacité des parties.	69
§ 1. — Capacité du donateur	69
§ 2. — Capacité du donataire	74

VII

CHAPITRE IV.

Les effets de la donation affectée de la clause de retour 79

SECTION I. — Pendant que la condition est en suspens.

§ 1. — Les droits du donataire 79

a) — La promesse de donner 80

b) — La donation manuelle affectée de condition suspensive. 82

c) — La donation manuelle affectée de condition résolutoire 83

1° La donation a pour objet le transfert de propriété d'une chose corporelle . . . 84

2° — La donation a pour objet une remise de dette. 89

§ 2. — Les droits du donateur 89

SECTION II. — La condition s'est réalisée ou a défailli

§ 1. — Le donateur meurt avant le donataire . 93

a) — Les droits du donataire 93

1° La promesse de donner 93

2° La donation manuelle 94

b) — Les droits des héritiers du donateur . 96

§ 2. — Le donataire meurt avant le donateur . 100

a) — La promesse de donner 100

b) — La donation manuelle affectée de condition suspensive 101

c) — La donation manuelle affectée de condition résolutoire 102

1. Les effets de la condition résolutoire de prédécès en général 102

2. Les effets de la condition résolutoire de prédécès quand aux tiers acquéreurs 108

1° Les objets donnés sont des immeubles 108

2° Les objets donnés sont des meubles 110

SECTION III. — Donateur et donataire sont morts

sans qu'il puisse être établi lequel a survécu à l'autre 113

Bibliographie et abréviations 115

Aperçu historique

CHAPITRE I.

Le droit romain et le droit commun. ⁽¹⁾

Les donations à cause de mort²⁾ sont des donations faites par une personne en vue de sa mort. Elles poursuivent le même but que le legs : le donateur dispose d'une chose sienne, pour le temps où lui-même ne pourra plus en jouir.

Mais le legs et la donation à cause de mort emploient pour atteindre ce but des moyens tout différents. Tantôt une déclaration de volonté unilatérale : le legs, tantôt un contrat : la donation à cause de mort. Que le donateur ait employé l'un ou l'autre de ces deux moyens, la chose ne sera définitivement acquise, qu'à la mort du donateur.

1) Girard, Man. p. 937 ss.; Savigny, traité V p. 247 ss.; Dernburg, Pand. III § 117 et 118; Windscheid, Pand. II § 369, III § 675, 676; Glasson, m. c. d. Rev. crit. vol. 34, 35, 36; Cohen Alfred, Diss.; Ortlöff, die Sch. p. 330 op. cit.; D. de mortis causa donationibus XXXIX, 6; Inst. de donationibus 2, 7.

2) Terminologie courante : *mortis causa donatio* D 39, 6; *donation à cause de mort* (Ordonnance de février 1731); *Schenkung von Todeswegen* (Windscheid, Pand.); *Schenkung auf den Todesfall* (Dernburg, Pand., Cohen, Sehling); *Schenkung von Todeshalber* (Vangerow, Pand.)

C'est dire que, pour qu'il y ait une véritable donation à cause de mort, il faut nécessairement que la mort joue un rôle actif, que le prédécès du donateur soit la condition mise à l'acquisition de la chose par le donataire. Une donation qu'une personne aurait faite en vue de sa mort, mais sans vouloir lui imprimer ce caractère conditionnel, ne saurait prétendre au titre de donation à cause de mort. Le donateur a-t-il voulu ce caractère conditionnel, c'est là question d'interprétation, souvent fort difficile. En cas de doute, le droit romain l'admettait, lorsque le donateur s'était réservé le droit de libre révocation.¹⁾

Nous pourrions ainsi définir la donation à cause de mort de la manière suivante :

La donation à cause de mort est une donation qui ne devient définitive qu'à la mort du donateur, et doit être considérée comme non avenue en cas de précédès du donataire.

Dans ses *Pandectes*, Julien cite trois espèces²⁾ de la donation à cause de mort : le donateur ne fait la donation qu'en vue de sa mort plus ou moins prochaine, sans y être poussé par la crainte d'un danger imminent. Ou bien, sous le coup d'un tel péril, il transfère immédiatement au donataire la propriété de la chose ; ou bien enfin, toujours en vue d'un certain danger, il ne transfère pas la propriété immédiatement mais seulement pour le temps qui suivra son décès.

Dans chacun de ces cas, la propriété de la chose n'était définitivement acquise par le donataire, qu'à la mort du donateur, et celui-ci avait, sa vie durant, le droit de révoquer cette donation selon son bon plaisir, à moins qu'il n'y eût expressé-

1) Dernburg, *Pand.* III § 117.

2) V. I 2 D de mortis causa donationibus 39, 6. Il ne s'agit pas ici d'une classification méthodique des espèces de la donation à cause de mort, mais bien plutôt d'une énumération destinée à illustrer l'étude de la donation à cause de mort. V. dans ce sens Dernburg, *Pand.* III § 117 note 11.

ment renoncé.¹⁾ Les Romains en effet présumaient une certaine hiérarchie dans les affections du donateur : le donateur se préfère lui-même au donataire, mais il préfère le donataire à ses héritiers.²⁾

La donation à cause de mort étant, quoi qu'il en soit, un acte passé entre vifs, un contrat, elle ne se forme que par un concours de volontés : si le donateur fait une offre, cette offre doit être acceptée par le donataire.

Quant à la forme de la donation à cause de mort, le donateur avait le choix : il pouvait livrer la chose au donataire, s'obliger envers lui, ou lui faire remise d'une dette³⁾

La première de ces formes était la plus fréquente : la donation se faisait par transmission de la propriété. Dans l'ancien droit on employait la mancipation, plus tard exclusivement la tradition⁴⁾. La condition de prédécès du donateur pouvait affecter la tradition de différentes manières : ou bien le donateur ne laissait au donataire que la simple détention de la chose ; jusqu'au moment de sa mort, par conséquent, la propriété même de la chose était soumise à une condition suspensive : le prédécès du donateur.⁵⁾ Il n'en était ainsi, généralement, que pour le cas d'une donation faite en vue d'un danger imminent.⁶⁾ Le plus souvent, le donateur transférait immédiatement avec la chose,

1) I 16, I 30 D eod. Quant à la faculté pour le donateur de renoncer à son droit de révocation, v. I 13, 1 et 35, 4 D eod. V. ci-dessous p. 41 ss.

2) D'où la définition classique : *mortis causa donatio est cum quis (magis) habere se vult quam eum cui donat, magisque eum cui donat quam heredem suum*. I 1 D eod.

3) Glasson, op. cit. « la donation pouvait avoir lieu dando, obligando et liberando » N° 26.

4) Savigny, Traité IV p. 250 ss.

5) Les limites de cette introduction historique ne nous permettent pas de rechercher les modalités de cette condition suspensive affectant la tradition, son effet rétroactif ou non. V. Savigny, eod. p. 256.

6) Dernburg, Pand, III § 117 ; I 2 i. f., I 29 D eod.

possession et propriété, mais de telle sorte, que si le donataire venait à mourir avant lui, il la reprendrait en vertu d'une condition résolutoire.¹⁾

Une seconde manière d'effectuer une donation à cause de mort, était que le donateur contracte envers le donataire une obligation. A l'origine il fallait alors nécessairement une stipulation ou une délégation; Justinien innova sur ce point, et déclara obligatoire le simple pacte de donner.²⁾

Enfin, la donation à cause de mort pouvait avoir lieu *liberando*. Le donateur faisait au donataire remise d'une dette, ou se faisait déléguer comme débiteur de son créancier, le prédécès du donataire affectant la donation comme condition suspensive ou résolutoire.³⁾

Quels étaient les moyens dont disposait le donateur pour rentrer en possession de la chose, si la condition venait à défaillir, soit contre le donataire même, pour le cas où la donation avait été faite en vue d'un danger particulier, soit contre les héritiers du donataire, pour le cas où celui-ci mourrait le premier?

Le donateur avait dans tous les cas l'un des moyens suivants: revendication, condition ou *actio prescriptis verbis*.

La chose donnée existe-t-elle encore en nature, il peut la revendiquer, qu'elle se trouve encore entre les mains du donataire ou qu'elle se trouve dans celles d'un tiers. Aucun doute qu'il n'en soit ainsi, lorsque la donation a été faite sous la condition suspensive du prédécès du donateur.⁴⁾ Mais la revendication fut admise plus tard, même pour le cas où la propriété de la chose avait été transférée sous condition résolutoire.⁵⁾

1) l 2, l 29, l 35, D eod.; l 15 i. f. D 40, 1.

2) Telle est au moins l'opinion prédominante. V. Savigny, op. cit. p. 259 et bibl. y-indiquée.

3) Glasson, op. cit. Chap. III n° 33.

4) l 29 D eod. 39, 6.

5) l 29, D eod.; V. Glasson, op. cit. VI. n° 84. Savigny, traité, § 171.

La chose donnée n'existait-elle par contre plus en nature, ou bien l'objet de la donation n'était-il pas une chose corporelle, le donateur pouvait recourir, si le donataire venait à prédécéder, à la *condictio ob causam datorum*.

Enfin, il a une *actio prescriptis verbis*, résultant du contrat innomé: *do ut reddas*, évidemment contenu dans cette sorte de donation.¹⁾

Si la donation à cause de mort est avant tout une donation, un contrat, elle a cependant bien des caractères communs avec les dispositions à cause de mort, notamment avec le *legs*. Comme le *legs*, elle règle un état de chose pour une époque où le donateur ne pourra plus lui-même jouir de ses biens; comme le *legs*, elle est de par sa nature révocable au simple gré du donateur, jusqu'à la mort de celui-ci. Cette affinité devait nécessairement amener un rapprochement entre ces deux institutions: c'est ce qui eut lieu.

Quant à leur forme d'abord, les donations à cause de mort peuvent être valablement faites dans la forme des *codicilles*. Il nous est impossible d'entrer ici dans la discussion qui s'est élevée entre les jurisconsultes au sujet de l'innovation apportée par Justinien dans la loi 4 C de *mortis causa donationibus* 8, 56, pour le cas où la donation est d'une valeur supérieure à 500 ducats. Qu'il nous suffise d'admettre avec la théorie aujourd'hui généralement admise²⁾ que les cinq témoins, dont parle le texte précité, sont « une brève désignation de la forme *codicillaire* » et qu'ils peuvent être remplacés par toute espèce de forme *codicillaire* privilégiée.³⁾ Disons aussi avec cette même doctrine, que cette forme n'est pas obligatoire, qu'elle n'est édictée que pour la commodité des parties, et que celles-ci peuvent parfaitement, si elles le désirent, s'en tenir à l'*insinuation*.⁴⁾

1) V. Savigny p. 264.

2) Théorie défendue par Savigny, Schröter, Vangerow, Sintenis et d'autres.

3) Savigny, *Traité*, p. 274.

4) Windscheid, *Pand.* III § 676 n° 2.

Justinien ne s'est pas borné à ce rapprochement formel ; il voulait assimiler plus ou moins sous tous les rapports, les donations à cause de mort aux legs.¹⁾ Si en fait, on ne put aller jusque-là, cette assimilation eut lieu sur bien des points et notamment sur les suivants :

En ce qui concerne la capacité de recevoir une donation à cause de mort, cette capacité est soumise aux mêmes restrictions disciplinaires que celle de recevoir des legs.²⁾

Les donations à cause de mort sont de même soumises à certaines restrictions édictées pour les legs, soit vis-à-vis des créanciers de la succession, en ce sens que les donations à cause de mort ne sont dues que pour autant que tous les créanciers de la succession auront été payés³⁾, soit vis-à-vis des héritiers, en ce sens que les règles applicables à l'hérédité nécessaire et à la quarte Falcidie sont applicables.⁴⁾

Les donations à cause de mort sont mises par contre au bénéfice de certains privilèges dont jouissent les legs, tels que le droit à l'accroissement⁵⁾ et à la caution Mucienne⁶⁾.

En dépit de ces analogies, les donations à cause de mort restent bien une institution propre et différente des legs. Elles restent avant tout des donations, et sont soumises aux formes de ces dernières, sauf ce que nous avons dit concernant la forme codicillaire. Les intéressés doivent avoir la capacité de contracter et non seulement celle de tester ;⁷⁾ elle n'est acquise que par l'acceptation du donataire ; son existence ne dépend pas du sort de la succession, car il n'y a pas de grevé dans la donation

1) Quodcumque in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum. I 37 D eod. V. Savigny, IV p. 275 ss.

2) I 9, I 22, I 35 D eod.

3) I 17 D eod.

4) Windscheid, Pand. III § 376 ; Dernburg, Pand. III § 118.

5) I un. § 14 C de caducis toll. 6, 51.

6) Nov. 22 cap. 44 § 9.

7) Le fils de famille pouvait cependant disposer par donat. à c. de m. de son peculium castrense I 15 D. eod.

à cause de mort, c'est le donateur lui-même qui transfère la chose¹⁾

Telle est dans ses grandes lignes l'institution des donations à cause de mort.

Nous aurons à voir au cours de cette étude ce qu'elle est devenue en droit moderne, et quelle tournure lui a donné le Code civil Suisse.

CHAPITRE II.

Le droit civil français. ⁽²⁾

Si nous suivons en France cette institution, si développée en droit romain, nous voyons qu'elle eut à subir un double sort : les pays de droit écrit l'adoptèrent, comme ils avaient adopté la plus grande partie des institutions romaines ; elle y était même d'un usage fréquent. Quant aux pays de droit coutumier, ou bien ils ne la connurent jamais, ou bien ils la rejetèrent de bonne heure : elle se confondait dans ces pays avec les legs soit pour la forme, soit pour le fond.³⁾

1) Sie geht auf die Einschränkung des Erben weiter als das Legat : es gibt nur einen qui donat, und einen cui donatur ; ein Onerierter ist ausgeschlossen. — Cohen op. cit. p. 7.

2) Baudry-Lacantinerie, Précis III p. 522 ss., 628 ss.; Demolombe, XX p. 427; Laurent, XII p. 540 ss.; Monnier H., op. cit. Rev. crit. 1880 p. 108.

3) Les donations à cause de mort ne pouvaient être envisagées comme donations entre vifs, en vertu du principe « donner et retenir ne vaut ».

L'ordonnance royale de février 1731 vint s'occuper de cette matière, pour la soumettre dans toute la France à des règles communes. L'art. 3 de cette ordonnance mérite d'être cité, car il a été le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, quant à la donation à cause de mort.

« Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet, dans les pays mêmes, où elles sont expressément autorisées par les lois ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites, dans la même forme que les testaments ou les codicilles; en sorte qu'il n'y ait à l'avenir, dans nos Etats, que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs, et l'autre celle des testaments ou codicilles. »

Cette ordonnance, on le voit, n'abolit pas les donations à cause de mort: elle les soumet seulement à une forme: celle des testaments ou codicilles.¹⁾

Mais la prévention du droit français, contre les donations à cause de mort, ne devait pas s'arrêter là; le code Napoléon voulut aller plus loin encore, et supprima ou voulut supprimer complètement les donations à cause de mort. « On ne pourra » déclare ce code, « disposer de ses biens à titre gratuit, que par donations entre vifs ou par testaments, dans les formes ci-après établies » (cet article est le premier du titre II, livre III, qui traite des donations entre vifs et des testaments.²⁾

On ne saurait prononcer plus catégoriquement l'élimination des donations à cause de mort. Et cependant, cette règle n'est pas sans subir des atténuations considérables. Le code autorise en effet certaines donations qui ont, avec les donations à cause de mort, une analogie indiscutable: les donations de biens à venir, faites par contrat de mariage, et les donations entre époux.³⁾ Quant aux premières, elles seront dispensées de

1) V. droit romain ci-dessus p. 5 ss.

2) C. c. fr. art. 893.

3) Comp. C. c. fr. 1082 ss.; 1091 ss.

certaines formalités et conditions requises pour la validité des donations entre vifs en général¹⁾ ; elles ont d'autre part pour objet tout ou partie du patrimoine que le donataire laissera à son décès. Quant aux secondes, elles sont, comme la donation à cause de mort du droit romain, révocables au gré du donateur.²⁾ S'il y a analogie entre ces institutions et la donation à cause de mort, il n'y a pas assimilation, loin de là.³⁾

Mais bien plus, le code civil français qui rejetait si catégoriquement toute idée de donation à cause de mort, en a consacré un des côtés, en admettant la donation entre vifs affectée de la clause de retour. Or, dans la donation affectée de la clause de retour des objets donnés, pour le cas du prédécès du donataire, nous trouvons presque tous les caractères de la donation à cause de mort, telle que la connaissait le droit romain. Qu'est-ce que le droit de retour, sinon une condition résolutoire de la donation?⁴⁾ Le donateur se dépouille actuellement de son bien, le donataire en devient réellement propriétaire ; mais il cessera de l'être, tout au moins dans la personne de ses héritiers, s'il vient à mourir avant le donateur⁵⁾ ; son droit de propriété est soumis à une condition résolutoire casuelle : la survie du donateur ; ne sommes-nous pas dans l'hypothèse du droit romain : le donateur transfère immédiatement la possession et la propriété de la chose, mais il la reprend, si le donataire vient à mourir avant lui, en vertu d'une condition résolutoire.⁶⁾ L'un des caractères de la donation à cause de mort : la révocabilité au gré du donateur, manque ; nous verrons que cette

1) C. c. fr. art. 1087 « Elles ne pourront être déclarées nulles pour défaut d'acceptation. »

2) C. c. fr. art. 1096.

3) C. c. fr. art. 1083 et 1096.

4) V. Laurent, XII p. 549, 551 ; Baudry-Lacantinerie, III p. 629 ; Demolombe, XX p. 439 ; Aubry et Rau, VI p. 68.

5) C. c. fr. art. 951 ss.

6) V. ci-dessus ch. 1 p. 2 ss.

condition n'était pas essentielle dans l'institution romaine.¹⁾

Les suppositions de droit sont si bien les mêmes dans ces deux institutions, que les auteurs français commentant le code civil, ne savent mieux définir la donation affectée de la clause de retour, qu'en disant avec Marcien : le donateur préfère le donataire à soi-même, mais il se préfère personnellement aux héritiers ou ayant cause du donataire.²⁾

Cette donation étant en premier lieu une donation entre vifs, est soumise à toutes les conditions de forme et de fond exigées pour celle-ci. Elle est affectée d'une condition résolutoire : la donation ne sera définitive que si, soit le donataire, soit le donataire et ses descendants, suivant ce qui aura été stipulé, survivent au donateur.³⁾

L'effet du droit de retour est prévu par le code ; ce sera de faire résoudre toutes les aliénations, qui auraient été faites par le donataire, des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur francs et libres de toute charge ou hypothèque, pour le cas où le donataire viendrait à prédécéder, lui seul, ou bien lui et ses descendants.⁴⁾ La résolution de la donation opérée par le droit de retour, a lieu avec effet rétroactif, puisque les aliénations quelconques, qui auraient pu être faites par le donataire, sont réputées nulles et non avenues.

Cette rétroactivité souffre cependant deux exceptions : l'une, c'est que le donataire ne sera pas tenu de rendre les fruits perçus⁵⁾, l'autre est relative à l'hypothèque légale de la femme du donataire, hypothèque qui, sous certaines conditions, reste intacte, malgré la stipulation du droit de retour.⁶⁾

1) V. ci-dessous p. 41 ss.

2) Baudry-Lacantinerie, op. cit. III p. 628 n° 960.

3) C. c. fr. art. 951.

4) C. c. fr. art. 952.

5) Baudry-Lacantinerie, op. cit. II p. 632, n° 967.

6) C. c. fr. art. 952 al fine.

CHAPITRE III.

Le code civil de l'empire allemand.⁽¹⁾

Les causes qui avaient amené la réception du droit romain dans l'empire allemand, devaient nécessairement faire connaître aux populations germaniques, l'institution romaine de la donation à cause de mort. Mais si cette institution correspondait en droit romain à un besoin, qui se faisait vivement sentir : disposer par contrat de ses biens, pour une époque où l'on ne sera plus soi-même en état d'en jouir, il n'en était pas de même en droit germanique. Celui-ci connaissait une institution, à lui propre, qui avait précisément pour objet de régler par voie de contrat la succession aux biens d'une personne : les pactes successoraux (*Erbverträge* et *Vergabungen von Todeswegen*). Cette institution existait dans les contrées de droit germanique bien avant que l'influence romaine ne s'y fit sentir. Elles la connurent avant le testament et la donation à cause de mort.

Les limites ne furent jamais bien déterminées entre le pacte successoral et la donation à cause de mort, spécialement la *mortis causa donatio omnium bonorum*.²⁾ L'une des principales différences était la libre révocabilité, qui était admise pour la donation à cause de mort et non pour le pacte successoral.³⁾

Quoi qu'il en soit, la donation à cause de mort a été considérée, par presque tous les codes des Etats de l'Empire, com-

1) D B G B art. 2301 ; Windscheid-Kipp, III p. 735 ; Dernburg, Bürg. R., V p. 238 ; Cosak, Bürg. R., II p. 671 ; Cohen, op. cit. appendice ; Ortloff, die Sch. A. B. R. XXI p. 330 ss. die Schenkung von Todeswegen.

2) Ortloff, op. cit. p. 355 ss.

3) Ortloff, op. cit. p. 362.

me une institution particulière. La condition du prédécès du donataire était considérée tantôt comme une condition suspensive, tantôt, et le plus souvent, comme condition résolutoire. Comme cela avait déjà été le cas en droit romain, la libre révocabilité des donations à cause de mort amena leur rapprochement, d'avec les legs ; la donation à cause de mort, qui ne pouvait être révoquée, était traitée comme une donation entre vifs¹⁾, ainsi dans les codes autrichiens et bavares.²⁾

Le code saxon avait maintenu la différence entre la promesse de donner et la donation consommée, il l'avait développée ; suivant que la donation à cause de mort avait lieu sous l'un ou l'autre de ces modes, elle était traitée comme donation entre vifs ou comme disposition à cause de mort.³⁾

C'est ce système qu'à adopté le législateur de 1900 et qui a été consacré par le code civil de l'empire allemand à l'article 2301.

Dans le premier cas, c'est-à-dire si le donateur n'entend faire qu'une promesse de donner, les règles relatives aux dispositions à cause de mort seront applicables. Le donateur pourra, parmi les formes des dispositions à cause de mort, choisir celle à laquelle il voudra s'arrêter : testament ou pacte successoral. Choisit-il la première, il devra satisfaire aux réquisites formels exigés pour le testament, c'est-à-dire, s'il ne veut pas faire établir un acte public, faire au moins un testament olographe.⁴⁾ La simple promesse de donner, qu'elle soit faite par acte public ou sous seing privé, ne serait pas valable. Choisit-il par contre la forme du pacte successoral, il devra satisfaire à toutes les exigences de la loi relativement à ce mode de disposition pour cause de mort :⁵⁾ il doit être passé par devant juge ou notaire.⁶⁾

1) Ortlöff, op. cit. p. 365.

2) L. R. bavarois III, 8 par. 2, 3.; Code autrichien § 603 et 956.

3) C. saxon par. 2500-2502, 2542. Ortlöff, op. cit. p. 365.

4) V. Dernburg, Bürg. R.; V. p. 239.

5) D B G B art. 2274 ss.

6) D B G B art. 2276 et 2277.

Mais le donateur peut avoir fait autre chose qu'une simple promesse, il a pu exécuter de son vivant la donation, qu'il y ait eu ou non auparavant promesse de donner. Les règles applicables seront alors celles de la donation entre-vifs, à teneur du second alinéa de l'art. 2301. Cette seconde forme de la donation à cause de mort va beaucoup plus loin que la simple promesse. Comme pour la donation entre vifs, donation manuelle, il n'est besoin d'aucune forme, le donataire acquiert immédiatement un droit réel sur la chose donnée.¹⁾ Ce qui dans ce cas distingue la donation à cause de mort de la simple donation entre-vifs, c'est la condition dont elle est affectée : la donation ne doit être parfaite que si le donataire survit au donateur. Cette condition sera résolutoire dans la plupart des cas, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit suspensive.²⁾

CHAPITRE IV.

Les législations cantonales. ⁽³⁾

Si nous nous sommes arrêtés quelque peu sur l'exposé des systèmes du droit civil français et allemand, c'est que leur connaissance était nécessaire pour l'étude et la compréhension du droit suisse, qui va suivre. Nous devons passer plus rapidement sur les législations cantonales qui, tout en présentant le plus grand intérêt historique, ne sont pas pour nous d'une utilité immédiate.

1) Dernburg Bürg. R. V. p. 239 ss.

2) Dernburg loc. cit. p. 240 ; v. Cosak II p. 671.

3) Huber, Syst. I 386 ss., II 16 ss., III 680 ss. ; Rossel, Man. S. rom. p. 263 ss. et 287 ss.

La législation cantonale de beaucoup la plus intéressante, en ce qui concerne la donation à cause de mort, est la codification fribourgeoise. Elle est, avec celle de Neuchâtel, la seule qui ait fait à cette donation une place particulière. Et, chose à noter, ce n'est pas dans le titre des dispositions à cause de mort, que nous trouvons les règles y relatives; mais au livre des obligations.¹⁾ Fribourg distingue deux catégories de donations à cause de mort: celles qui sont faites par contrat de mariage, ou en faveur d'un futur mariage, ou des enfants à en naître, elles doivent être passées devant notaire et dans la forme ordinaire des contrats (1403). Les autres donations à cause de mort, que l'on peut faire, ne valent que comme testaments ou codicilles; elles en suivent les formes et, comme eux, peuvent être révoquées au gré du donateur (1404).

Les autres législations romandes, s'en tenant toutes plus ou moins au Code Civil, ne se sont pas préoccupées de la donation à cause de mort. Comme leur modèle, par contre, elles admettent explicitement la clause de retour,²⁾ en lui apportant pour la plupart, la modification que le droit de retour est permis dans les limites de la substitution.³⁾

La codification bernoise connaît aussi une donation entre vifs, qui ne doit être exécutoire qu'à la mort du donateur: elle est soumise aux mêmes formes qu'une disposition de dernière volonté.⁴⁾

Parmi les autres cantons du groupe bernois, Soleure a une disposition analogue au droit de retour du code civil français: le donateur peut se réserver le retour des objets donnés ou de leur valeur. Il exige pour la validité de cette stipulation la forme écrite.⁵⁾

1) C. c. frib. art. 1403-1406.

2) Huber, Syst. III 684; Rossel, op. cit. 287.

3) Rossel, eod.; Huber, loc. cit. III 684.

4) Berne C. c. 728.

5) C. c. soleurois 1312.

Citons enfin une disposition du droit argovien, qui a trait à la révocabilité des donations: une donation, déclare-t-il, tant qu'elle n'a pas été rendue parfaite par la prestation, peut être révoquée par le donateur, mais non par ses héritiers¹⁾

1) C. c. argovien 749 al. 1.



La donation à cause de mort

dans le code civil suisse

Le rédacteur du code civil suisse, constamment préoccupé de donner à son œuvre le cadre le plus restreint possible, a jugé inutile de faire à la donation à cause de mort une place particulière.¹⁾ Mais rendant justice à cette institution, comprenant les services qu'elle pourrait être encore appelée à rendre dans la suite, il n'a pas voulu, comme l'avait fait le code civil français, la radier de la loi comme un vestige d'un autre âge.²⁾ Comme dans le passé on pourra en Suisse disposer de ses biens par donation à cause de mort, mais ces donations, pour être valables, devront emprunter leurs règles à deux institutions bien différentes : les dispositions à cause de mort, et les donations entre vifs.

Pour n'avoir pas à nous remuer exclusivement dans le domaine des abstractions, pour donner d'autre part, à notre étude un caractère plus pratique, nous construirons une hypothèse à la base de nos discussions ultérieures.

Primus, n'ayant pour toute parenté que ses neveux, Secundus et Tertius, ne peut pas, pour un motif ou pour un autre,

1) Mot. II p. 25 et 78.

2) C. c. fr. 893; voir ci-dessus historique p. 8.

faire de testament.¹⁾ Toutefois, préférant son neveu Secundus à son neveu Tertius, et voulant lui laisser sa fortune, il en fait en sa faveur l'objet d'une donation à cause de mort.

Dans quelles conditions se fera cette donation, c'est précisément ce qui nous intéresse.

Entend-il garder la propriété et la jouissance de cette fortune jusqu'à sa mort, et Secundus ne sera-t-il qu'alors mis en possession, cette donation aura beaucoup des caractères d'une disposition de dernière volonté.

Lui fait-il par contre cette donation hic et nunc, lui laissant dès à présent possession et jouissance, avec cette condition cependant, que si Secundus venait à mourir avant lui, ses biens ne passeraient pas aux héritiers de Secundus, mais lui feraient retour à lui Primus? Nous serons tout disposés à voir là une donation entre vifs.

Et telle est la solution très rationnelle qu'a donné à cette question le Code civil suisse.

Dans le premier cas, nous serons en présence de l'art. 59 T. f. 273 g du code: « les donations dont l'exécution est ajournée au décès du donateur, sont soumises aux règles concernant les dispositions à cause de mort. »²⁾

Dans le second cas, nous aurons à faire l'application de l'art. 59 T. f. 273 i, qui prescrit: « le donateur peut stipuler à son profit le retour des objets donnés pour le cas du prédécès du donataire. »³⁾

Tel est le critérium auquel le législateur suisse a soumis l'institution des donations à cause de mort.

Nous n'avons pris pour sujet de cette étude que l'une des

1) De tels cas pourront se présenter fréquemment: ce sera, par exemple, l'impossibilité de trouver au dernier moment un notaire, de rédiger un testament olographe, ou même de trouver les deux témoins dont parle l'art. 506 C. c. — Voir Dernburg, Bürg. R. V. p. 240.

2) D B G B art. 2301 al 1.

3) D B G B art. 2301 al 2.

phases de cette donation : le donateur accomplit ou s'engage à accomplir, de son vivant, la donation, mais en la soumettant à une condition : elle sera révoquée si le donataire vient à mourir avant lui.

CHAPITRE I.

Caractère de la donation affectée de la clause de retour.

Le Code s'exprime assez simplement, l'exemple précité montre assez clairement quelle est l'hypothèse, pour qu'il ne soit pas nécessaire de donner une définition de cette sorte de donation.

Ce qui pourrait surprendre, par contre, c'est que la théorie des donations avec clause de retour, puisse être traitée sous la dénomination générale des donations à cause de mort.

Sommes-nous en droit de traiter ici de cette donation particulière ? C'est la première question qui se pose.

Si nous ne voulons nous en tenir qu'à la terminologie stricte de notre code civil, la donation affectée de la clause de retour n'est en effet pas qualifiée de donation à cause de mort, puisque, nulle part dans le code, nous ne trouvons ce terme. Le fait que nous avons pris la donation à cause de mort comme objet de cette étude, montre donc que nous ne nous sommes aucunement attachés à cette dénomination, et que nous avons voulu grouper ici des règles communes à cette institution qui, dès le droit romain, eut nom la donation à cause de mort.

La donation affectée de la clause de retour peut-elle donc

être traitée, en conformité avec l'esprit de la loi, d'accord avec le droit commun, sous la rubrique des donations à cause de mort ?

La codification de Justinien est explicite : la donation affectée de la condition résolutoire du prédécès du donataire est une donation à cause de mort.¹⁾ Sur la base du Digeste, tous les auteurs se rattachant au droit commun ont traité cette donation comme donation à cause de mort.²⁾ Que cette façon d'envisager cette institution est logique, c'est ce que confirme la grande législation moderne : le code civil allemand, qui dans un seul et même article prescrit, au titre des pactes successoraux, les règles relatives aux deux côtés de la donation à cause de mort.³⁾

Le groupe des législations françaises, par contre, n'a pas voulu s'en tenir à cette tradition logique, et a préféré séparer complètement les deux institutions. Elle repousse implacablement toute idée de donation à cause de mort, admet et pose par contre les règles de la donation affectée de la clause de retour.

Nous ne reviendrons pas à la genèse de l'article 893, que nous avons brièvement relaté dans l'introduction historique et qui ne rentre pas dans le cadre de cette étude.⁴⁾

Mais loin de nous laisser intimider par le code civil français, nous y trouverons au contraire une affirmation de notre opinion. Nous trouverons en effet dans la donation entre vifs affectée de la clause de retour du code civil suisse, comme nous les avons trouvés dans le code français, tous les éléments d'une donation à cause de mort.

1) 1 2 D de m. c. d. 39, 6; 1 35 D h. t.

2) Windscheid, II, § 369. Dernburg, Pand. III § 117; Regelsberger, I p. 610. — Glasson op. cit. — Monnier op. cit.

3) D B G B art. 2301.

4) V. ci-dessus, p. 7 ss; C. c. fr. art. 893; Ordonnance de février 1731; C. c. fr. art. 951.

§ 1. — Caractères communs à toute donation.

Quelle est l'essence de la donation, dans le nouveau droit?

Le code civil, qui a montré une sorte de répugnance à donner des définitions¹⁾, a cru nécessaire cependant, de donner celle de la donation.

« La donation, dit-il, est la disposition entre vifs, par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante.

Le fait de renoncer à un droit avant de l'avoir acquis, ou de répudier une succession, n'emporte pas donation.

Il en est de même de l'accomplissement d'un devoir moral. » (Art. 59 T. f. 273 a.)

a) Le contrat

La définition de la donation, telle qu'elle est inscrite dans le Code civil, n'accuse pas aussi nettement, que celle des grandes codifications modernes, les codes civils français et allemands²⁾ la nature contractuelle de la donation. La donation semble ressortir de cette définition comme un acte unilatéral : le donateur seul est en jeu, à premier examen il n'est question que de lui. Mais il suffit de lire les articles suivants, pour s'apercevoir qu'un acte unilatéral ne suffit pas pour parfaire une donation, un accord de volonté est nécessaire, ce n'est qu'à cette condition que le donateur est lié ; il peut revenir sur sa décision, aussi long-

1) Rossel et Mentha, Man. C. c. p. 49.

2) D B G B art. 516 : « Eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, ist Schenkung *wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.* » C. c. fr. art. 894. « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire *qui l'accepte.* »

temps que son offre n'a pas été acceptée.¹⁾ Offre et acceptation est-il besoin d'un autre élément pour former un contrat?

Le caractère contractuel de la donation est, au surplus, si bien établi dans la doctrine juridique, que personne ne songerait à le discuter.²⁾

Mais de quelle nature est ce contrat? Ne peut-il être qu'une disposition entre vifs, ou peut-il, cas échéant, rentrer dans une catégorie de contrats, faisant l'objet de dispositions pour cause de mort?

Cette question pourrait paraître inutile, en face de la disposition si formelle de la loi, qui déclare la donation une disposition entre vifs.³⁾ Et cependant il s'agit de faire rentrer dans cette catégorie des dispositions entre vifs, la donation à cause de mort.

Le Code déclare en effet que les donations, dont l'exécution est ajournée au décès du donateur, seront soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort.⁴⁾

Une remarque s'impose, c'est que le code n'a pas fait de cette donation, dont l'exécution est ajournée au décès du donateur, une disposition à cause de mort, mais qu'il la considère bien encore comme une donation, avec cette particularité cependant, que cette donation suivra les règles prescrites pour les dispositions à cause de mort. Cela ressort nettement du texte de la loi: après avoir déclaré que les donations peuvent être grevées de conditions et de charges, le législateur mentionne une de ces conditions: le prédécès du donateur, et ajoute que les *donations*, faites à cette condition, sont soumises aux règles concernant les dispositions à cause de mort.

Le code n'eut-il pas mieux fait de prescrire simplement,

1) C. c. art. 59 T. f. 273 c. et 273 f.; V. Schmid, Diss. p. 13 ss.; Motive II 286 n. 1; Crome, Syst. II § 230; Dernburg, Bürg. R. II 2 p. 151, § 205.

2) V. aussi Message C. O. p. 53; le caractère contractuel est contenu du reste dans le mot « cède » de l'art. 273 a T. f.

3) C. c. art. 273 a al 1 eod.

4) C. c. art. 273 g. eod.

qu'une telle donation est réellement une disposition pour cause de mort.

Non, car il existe des différences essentielles entre ces deux institutions. La doctrine les a toujours maintenues, et il ressort clairement du texte de la loi que toutes donations, même celles dont l'exécution est ajournée au décès du donateur, ne peuvent être considérées dans aucun cas comme des dispositions pour cause de mort, telles que les comprend le code civil, mais constituent nécessairement des dispositions entre vifs.¹⁾

1) Windscheid, Pand. III § 675; I 38 D 39, 6: même dans la donation à cause de mort, *presens presenti dat.*

L'étude des règles concernant les dispositions à cause de mort qui s'appliquent à ce genre de donations, ne rentrent pas dans le cadre de notre ouvrage. Nous ne saurions cependant passer outre, sans tracer une certaine limite entre les donations entre vifs et les dispositions contractuelles à cause de mort. Une idée claire de ces deux espèces différentes d'institutions est nécessaire à l'exposé des règles applicables à chacune d'elles. — Les règles auxquelles le législateur fait allusion à l'art. 273 g sont les règles relatives aux pactes successoraux: la donation n'étant pas un acte unilatéral, mais un acte synallagmatique, un contrat, ne pouvait être soumise qu'à des règles édictées pour un contrat. Or, le Code civil suisse, d'accord avec les législations germaniques, connaît des dispositions contractuelles pour cause de mort: ce sont les pactes successoraux. (C. art. 494, 512 ss., 534 ss.) — Qu'est-ce que le pacte successoral? Un pacte, soit donc un contrat, dans lequel le disposant s'oblige à laisser sa succession ou un legs à l'autre partie contractante, ou à un tiers (494). Cette définition légale fait clairement ressortir la différence qui existera forcément entre une donation, fut-elle pour cause de mort, et une disposition à cause de mort, de par la nature des biens à transférer. En effet, dans la donation, comme dans toute disposition entre vifs relative aux biens, il s'agit des biens qui se trouvent au moment du contrat dans le patrimoine des contractants; dans le pacte successoral, par contre, les biens dont il s'agit de transférer la propriété ne sont pas les biens du disposant, en tant qu'il en est actuellement propriétaire, mais en tant qu'ils existeront au moment de son décès, qu'ils feront *partie de sa succession*. Voilà ce qu'a voulu exprimer le législateur en parlant, dans la définition de la donation, des *biens* du donateur, et dans celle du pacte successoral de la *succession* du disposant. Comp. C. c. art. 494 et 273 a al. 1. — C'est ce que vient encore corroborer le second alinéa de l'art. 494, en statuant que le disposant continue, malgré le pacte successoral, à disposer librement de ses biens, clause qui ne saurait se concilier avec l'irrévocabilité des donations et formerait une dérogation flagrante au principe: donner et retenir ne vaut, consacré par toutes les législations.

b). Enrichissement du donataire, appauvrissement du donateur.

La donation, nous venons de le voir, est un contrat ; mais ce contrat constitue une exception au mode général dont se sert l'humanité dans ses rapports économiques. Alors que, dans la règle, toute prestation exige une contreprestation de valeur équivalente,¹⁾ la donation est au contraire un contrat, par lequel une personne cède tout ou partie de ses biens *sans* contreprestation correspondante.²⁾

Si du fait de la donation, l'une des parties, le donataire, s'enrichit, l'autre partie, le donateur, doit aussi s'appauvrir.³⁾ C'est le second élément constitutif de la donation, qui fut toujours envisagé comme tel.⁴⁾

Le patrimoine du donateur doit, du fait de la donation, subir une diminution ; or de quels éléments peut se composer le patrimoine d'une personne ? Le patrimoine est l'ensemble des droits appréciables en argent, réunis sur la même tête.⁵⁾ Ces droits peuvent être de nature diverse : le donateur pourra faire don d'un droit réel : il pourra donner une chose dont il est propriétaire, un immeuble ou un meuble. Il pourra pareillement donner un droit de créance : il remettra au donataire une créance qu'il possède contre un tiers ou contre le donataire même, c'est

1) Ici se rattache une question, qui a toujours passionné les juriscultes : celle de la place que la donation occupe dans le système du droit. Nous ne pouvons entrer dans la discussion. V. Burckhard, *Stellung der Schenkung im Rechtssystem*; Dernburg, *Bürg. R.* II 2 § 205 n. 1 ; Schmid, *Diss.* p. 13 ss.

2) C. c. 59 T. f. 273 a al. 1.

3) V. Windscheid, III § 365 p. 547.

4) Comp. I 25 D 24, 1 ; C. c. fr. 894 ; D B G B 516.

5) Regelsberger, I § 95 p. 361 ; Windscheid, I § 42 ; Dernburg *Pand.* I § 67. D'autre part Baudry-Lacantinerie *Précis*, I p. 112.

alors l'hypothèse de la remise de dette, qui, faite sans contre-prestation, peut parfaitement constituer une donation, si telle est l'intention des parties.

Droits réels¹⁾, et droits de créances, tels sont les deux éléments du patrimoine. Faut-il en ajouter un troisième: les simples expectatives, soit les droits qu'une personne peut être plus ou moins certaine d'acquérir dans la suite?

Ces expectatives ne peuvent à aucun titre être considérées comme des éléments du patrimoine. Elles peuvent être importantes pour l'acquisition d'un droit, rendre plus ou moins certain un enrichissement, mais je n'ai pas encore ce que je puis avoir seulement plus tard.²⁾ Comment donc pourrais-je donner ce que je n'ai pas? *Nemo dat quod non habet*, l'adage n'est pas nouveau.

C'est précisément ce que vient confirmer le Code civil suisse, en déclarant que le fait de renoncer à un droit, avant de l'avoir acquis, n'emporte pas donation.³⁾

Mais le législateur suisse ne s'arrête pas à cette simple déduction logique, que, en somme, il aurait pu se dispenser de citer, et il déclare que le fait de répudier une succession n'emporte pas donation.

Il y a cependant plus, ici, qu'une simple expectative. Quiconque se fait une idée claire des principes relatifs à l'acquisition des successions, dans notre code, doit forcément arriver à cette solution.

Comment une succession s'acquiert-elle?

L'acquisition des successions est réglée, par le nouveau code, d'une manière uniforme pour les héritiers légaux, quelque soit leur degré de parenté, ou leur rang, et pour les héritiers institués: tout héritier acquiert de plein droit l'universalité de la succession, dès que celle-ci est ouverte. — Il est saisi des

1) Et dans la classe des droits réels, nous pouvons, sous toutes réserves, comprendre les droits patrimoniaux spéciaux (Immaterielle Güter.)

2) V. Kohler. 1 par. 49 ss.: die Rechtstagen; II § 106 p. 281.

3) 59 T. f. 273 a al. 2.

créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, de tous les biens qui se trouvaient dans la possession du défunt, et il est personnellement tenu de ses dettes.

L'effet de l'acquisition par les héritiers est rétroactif, il remonte au jour du décès du disposant.¹⁾

Si donc, de par le seul fait de la mort du decujus, l'héritier légal ou institué acquiert l'universalité de la succession, si de par ce seul fait, la loi lui confert tous les droits du decujus, il est évident, qu'il ne s'agit plus d'une simple expectative, mais d'un droit acquis; il est évident que le fait de répudier une succession, n'est pas renoncer à un droit *avant de l'avoir acquis*. Le législateur suisse en décidant que le fait de répudier une succession n'emporte pas donation, a donc créé une règle spéciale, dépassant les limites de la simple déduction du principe, que le donateur ne peut faire don d'une chose qui ne lui appartient pas, d'une simple expectative.

La question se fut présentée autrement en droit romain et sous le régime du Code civil français, car en vertu de ces législations, certaines classes d'héritiers seulement sont saisies de plein droit de la succession.²⁾

1) C. c. art. 560.

2) En droit romain d'abord, les *heredes necessarii* seuls acquéraient la succession par le seul fait de la mort du decujus. (I II D 28, 2.) Mais les héritiers nécessaires acquéraient si bien par la seule dévolution, qu'ils acquéraient même contre leur volonté (Windscheid, III § 595 n. 1). Il s'agissait donc bien là d'un droit acquis et aucun texte de la loi ne vient dire que la renonciation à un tel droit, faite *animo donandi*, n'ait pu constituer une donation. La situation de l'héritier non nécessaire, était bien différente: il n'avait qu'un droit embryonnaire, ne pouvant faire l'objet d'une donation.

Quant au Code civil français, parti d'un autre système, celui du droit germanique: « le mort saisit le vif son hoir le plus proche », il aboutit aux mêmes conséquences: « seuls les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. L'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession. » (C. c. fr. 724.) Là encore les héritiers saisis seuls jouissent, de par la mort du decujus, d'un droit entier, les autres ne se trouvent aussi qu'en face d'un droit incomplet: ils doivent encore demander l'envoi en possession.

Tout autre le système du code civil suisse, qui, d'accord avec le code civil allemand (1942), conservant les traditions de la plupart des législations cantonales¹⁾, déclare saisis tous les héritiers²⁾.) Ceux-ci ont donc tous dès la mort du decujus, un véritable droit à sa succession.

Nous trouvons dans le code civil allemand une disposition analogue à celle de notre code : les actes par lesquels une personne omet d'augmenter son patrimoine au profit d'une autre personne, renonce à un droit échu *mais non encore définitivement acquis*, ou répudie une succession ou un legs, ne sont, d'après lui, pas des donations (art. 517.)

Le code allemand parle d'un droit échu mais non encore définitivement acquis.³⁾ N'est-ce pas là le droit dont jouit l'héritier? Son droit est échu, il fait déjà, sous certains rapports, partie de son patrimoine, si bien qu'il peut immédiatement, s'il veut, le faire valoir, il est dès le moment du décès du decujus, investi de tous les droits de ce dernier.

Toutefois, ce droit n'est pas encore définitif : l'héritier peut répudier la succession, il sera censé alors n'avoir jamais été investi de ce droit, ne l'avoir pas encore acquis⁴⁾, ce qui constitue une différence essentielle d'avec la renonciation, à un droit, comme le serait une remise de dette.⁵⁾

1) V. Huber, Syst. IV p. 668 ss.

2) C. c. art. 560. — Il importe peu pour notre thèse de savoir si le code accorde, comme le droit français, une saisine de propriété ou de possession, question qui, du reste, n'a pas encore été suffisamment élucidée. V. Rehfsous et Martin p. 154; Motifs p. II p. 100 ss.

3) Avant de mentionner expressément la répudiation d'une succession ou d'un legs.

4) V. Enneccerus, I § 343.

5) V. Schmid, Diss. p. 29; Dernburg, Bürg. R. II 2 p. 142; tous deux défendent la même manière de voir.

c). La gratuité de l'acte.

Nous avons déjà fait remarquer plus haut, que la donation dérogeait aux principes des relations économiques : ce n'est plus *do ut des, do ut facias*, mais *do ut accipias* qui caractérise la donation. Pour qu'il y ait donation, il faut que le donateur seul fasse une prestation, que si le donataire en fait une aussi, elle ne doit pas dépasser les limites d'une charge et doit ne pas porter atteinte à la cause du contrat : l'enrichissement gratuit du donataire.

Ce caractère a passé par des phases diverses, avant de devenir ce qu'il est aujourd'hui, trop souvent il fut confondu avec l'intention de libéralité (*animo donandi*, *Freigebigkeit*), qui peut exister, mais au point de vue juridique, ne saurait être prise en considération.¹⁾

La teneur française, absolument défectueuse, du troisième

1) Touchons d'un mot à ce sujet la cause de la donation. La donation appartient à la grande catégorie des actes juridiques, qui ont pour effet de diminuer un patrimoine au profit d'un autre (*Vermögenszuwendung*). Un tel déplacement ne forme pas à lui-même son propre but, il est bien plus le moyen d'arriver à un but : on transfère par exemple la propriété d'une chose non pas pour opérer un simple transfert de propriété mais pour faire une donation. Le but (*cause, causa*) du transfert de propriété est donc la donation elle-même. Quant aux motifs qui me poussent à ce but, à cette donation, ils peuvent être de nature fort diverse : je puis donner à cette personne dans l'intention de lui faire du bien, je puis lui faire un cadeau pour me faire remarquer, etc... Ces motifs ne sont en général d'aucune importance juridique ; il est cependant des cas où ils jouent un rôle capital, tel est ainsi l'accomplissement d'un devoir moral. V. Regelsberger, *Pand.* I § 167 ; Windscheid, *Pand.* II § 365 n, 4 ; Schmid, *Diss.* p. 31 ; Bekker *Pand.* § 100. — M. Gottofrey dans son rapport aux Chambres sur la donation (p. 1242 *eod.*) exige l'intention de libéralité, l'*animus donandi*. Mais il ressort de la suite de l'exposé, qu'il n'a pas employé ces termes dans le sens que leur donnait le droit romain (*quam ut liberalitatem et munificentiam...* I 1 pr. D 39, 5,) mais comme les comprend la doctrine moderne : intention d'enrichir le donataire sans contre-prestation.

alinéa de l'art. 59 T. f. 273 a, fait dire au législateur que l'accomplissement d'un devoir moral n'emporte pas donation. Cette conception du devoir moral eut été totalement erronée. L'accomplissement d'un devoir moral peut parfaitement constituer une donation: il peut en avoir tous les caractères et notamment celui de constituer un enrichissement gratuit du donataire, puisque celui-ci ne pouvait, par aucun moyen, exiger la prestation effectuée. Cette opinion est en parfaite harmonie avec la teneur allemande de notre article: celui-ci dispose en effet que l'accomplissement d'un devoir moral *n'est pas traité* comme donation. La différence est notable.¹⁾ Le code civil allemand, encore plus explicite, déclare soustraites à la révocation et à la réduction *les donations* par lesquelles une personne accomplit un devoir moral.²⁾

Enfin il faut aussi, même sur ce point, l'accord de volonté des parties: il faut que le donataire sache qu'il reçoit une donation, que la prestation que lui fait le donateur, est gratuite.³⁾

1) C'est ce qui fut expressément déclaré dans la discussion de Langenthal. L'article 1266 du projet destiné à la commission de Langenthal ajoutait: la promesse de donner est, dans ce cas, valable dans n'importe quelle forme. Comp. B G B 534. — V. Message C O 1905 p.

2) D B G B art. 534. — V. Dernburg, Bürg. R. II 2 § 210 p. 63.

3) Windscheid, II § 365 p. 546 n. 5.

§ 2. — La clause de retour.

a) Portée de l'article 273 i. T. f. 59.

Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici que des caractères, que la donation à cause de mort a de commun avec n'importe quelle donation. Voyons maintenant, ce qui fait, de certaines donations des donations, à cause de mort.

Ni le Code civil suisse, ni le Code fédéral des Obligations, ne traitent in extenso, comme l'avait fait par exemple le Code civil français, des conditions.¹⁾

Nous n'y trouvons aucune mention des conditions casuelles, mixtes ou potestatives,²⁾ et la seule division des conditions est celle en conditions suspensives et en conditions résolutoires.

De même en est-il dans la matière des donations: le code se borne à déclarer que la donation peut être grevée de conditions.³⁾

Il fait cependant une exception en ce qui concerne certaine condition suspensive. Le second alinéa déclare qu'une donation,

1) C. c. fr. art. 1168-1184; Comp. C. O 171-177.

2) L'art. 175 énonce une autre distinction des conditions: si la condition est que l'une des parties fasse une chose, sans qu'il soit essentiel qu'elle le fasse elle-même, son héritier peut accomplir la condition en son lieu et place.

3) C. c. art. 59 T. fr. 273 g al. 1°. « La donation peut être grevée de conditions ou de charges ». Bien que Hafner, C O note marginale ad art. 175, parle, dans le cas de cet article, d'une condition potestative, il ne s'agit pas d'une condition potestative dans le sens du droit commun (Windscheid I § 89 n. 14, § 92 n. 4), ni du droit français (C. N. art. 1170), ni dans le sens de la doctrine allemande actuelle (Crome I p. 436.)

dont l'exécution est ajournée au décès du donateur, est soumise aux règles concernant les dispositions pour cause de mort.

Mais cette exception ne saurait être étendue, au-delà de l'hypothèse de cet alinéa. C'est ce que le législateur a voulu confirmer, en permettant expressément, dans son article 273 i, la stipulation du droit de retour, pour le cas de prédécès du donataire.

Il s'agit donc d'établir une limite exacte, entre ces deux articles, de savoir jusqu'où va l'application du second, et dans quels cas seulement, peut intervenir le premier.

Nous avons déjà fait remarquer, à plusieurs reprises, l'analogie que présentent les dispositions de notre code, relatives à la donation à cause de mort, avec les dispositions du code civil allemand, en la matière. Une différence cependant s'impose, précisément quant à la question qui nous occupe en ce moment, c'est que dans son premier alinéa le B G B ne parle que de la promesse de donner, tandis que notre code, art. 273 g, parle de la donation. Il nous sera cependant facile de démontrer que cette différence n'est que superficielle et que le Code suisse, comme le code allemand, n'a voulu soumettre aux règles concernant les dispositions pour cause de mort, que la *promesse de donner affectée de la condition suspensive que le donataire survive au donateur*.

Comme nous l'établirons plus tard, en traitant des formes de la donation, le donateur a, à sa disposition, deux moyens de faire une donation ¹⁾ : il peut s'obliger à une prestation, c'est la promesse de donner, il peut exécuter la donation immédiatement, c'est la donation manuelle²⁾.

Or, puisque la promesse de donner consiste essentiellement dans la constitution d'une obligation, il est évident, que dès qu'elle est exécutée elle se transforme en une donation ma-

1) V. ci-dessous p. 48 ss.

2) V. loc. cit. la critique de l'ancienne terminologie, promesse de donner et donation manuelle p. 50.

nuelle, puisque la donation manuelle est précisément constituée par cette exécution : remise de la chose, inscription au registre, et tout autre mode qui n'est pas la constitution d'une obligation. Une donation non exécutée, une donation dont l'exécution est suspendue, jusqu'à l'arrivée d'une condition, ne peut donc être, dans le sens de la loi, qu'une promesse de donner¹.) C'est ce que le code allemand exprime plus clairement, en se servant des termes : le donateur exécute-t-il la donation, par la prestation de l'objet donné, ce seront les règles relatives à la donation entre vifs, qui seront applicables.

Il en résulte, que seule la promesse de donner, dont l'exécution est ajournée au décès du donateur, est soumise aux règles concernant les dispositions pour cause de mort. Seule *cette condition particulière*, affectant la promesse de donner, fait appliquer à cette dernière les règles du livre III du code civil.

En dehors de ce cas bien déterminé, aucune condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, ne peut soustraire soit la promesse de donner, soit la donation manuelle aux règles concernant la donation. C'est ce que décide clairement l'article 273 g, al. 1^o, dont l'alinéa 2^o forme une exception, qui ne saurait être étendue.

Il s'en suit qu'une donation à cause de mort, sous forme d'une donation affectée de la clause de retour, peut être constituée : par une promesse de donner, soit par la constitution d'une obligation, faite *animo donandi*²), par laquelle le donateur s'en-

1) Schmid Diss. p. 55, arrive à la même solution par une considération d'ordre pratique. Selon lui, le législateur n'a employé dans l'al. 2^o de l'art 273, le terme de donation que pour conserver une certaine harmonie entre les deux alinéas, et afin que le second n'apparaisse pas comme une disposition spéciale qui déroge au premier. S'agit-il d'une condition ou d'un terme ordinaire affectant la promesse de donner, sans que l'existence ultérieure de la donation dépende de la survie du donataire, c'est l'al. 1^o et non l'al. 2^o qui est applicable. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante. L'alinéa 2 est en effet bien une disposition spéciale qui déroge à celle de l'al. 1^o.

2) Quant au sens de l'expression «*animo donandi*», v. ci-dessus p. 28, n. 1.

gage à transférer ultérieurement la propriété d'une chose, à faire ultérieurement une disposition quelconque en faveur du donataire, disposition qui sera affectée de la condition suspensive ou résolutoire du prédécès du donataire, *pourvu que les parties n'aient pas convenu de différer l'exécution de cette obligation, jusqu'au décès du donateur*¹⁾.

Une donation à cause de mort, soumise aux règles de la donation, peut être constituée en second lieu : par une donation manuelle, soit donc une donation exécutée, bien qu'affectée d'une condition.²⁾

Quant à la condition qui peut affecter cette donation manuelle, elle peut être, comme nous le prouverons plus tard³⁾, suspensive, ou bien — et ce sera le cas le plus fréquent — résolutoire; mais toujours elle aura pour but de faire dépendre la perfection de la donation du prédécès du donateur.

Les effets de cette condition seront de concéder au donateur un certain droit sur l'objet de la donation : il aura le droit, dans le cas où la condition suspensive du prédécès du donateur ne se réaliserait pas, comme dans celui où la condition résolutoire du prédécès du donataire viendrait à se réaliser, de faire suspendre les effets de la donation. Ce droit qui appartient au donateur, du chef de la stipulation de la condition, le législateur suisse l'appelle, en conformité avec la doctrine, *le droit de retour*.⁴⁾

Si la loi ne prescrit, en dehors de la prohibition consacrée par le second alinéa de l'art. 273 g, aucune restriction, quant aux conditions, auxquelles peuvent être soumises les donations, il s'en suit logiquement qu'elles peuvent être grevées de toutes

1) V. Dernburg-Bürg, R, V § 85 p. 239; Motive V, p. 352 ; Protokoll V. p. 462.

2) V. Schmidt Diss. p. 55 ss. «eine bereits vollzogene, wenn auch bedingte Schenkung».

3) V. ci-dessous, page 59.

4) Et cependant on a voulu voir aussi dans ce droit de retour un droit distinct, une espèce de droit de succession que le donateur se crée à lui-même. V. Bertauld, des substitutions R. pr. XII p. 480.

les conditions, dont peut être affecté un contrat en général.¹⁾

Mais ici une question surgit : pourquoi l'article 273 i, du moins son premier alinéa ? Pourquoi le législateur a-t-il édicté cette disposition ? Est-elle une confirmation, une répétition de l'article 273 g, premier alinéa, en est-elle un simple exemple, ou en est-elle une restriction ?

Les parties pouvant convenir de toute condition résolutoire, n'auraient-elles pu stipuler la donation suivante : je vous donne la somme de mille, mais la somme me sera rendue, au cas où vous viendriez à mourir avant moi ? On ne sait quel texte de loi aurait pu invoquer quiconque aurait voulu déclarer cette donation inadmissible, même à défaut de l'art. 273 i. Cet article prévoyant spécialement la clause de retour, et l'autorisant n'était donc pas nécessaire. Il n'en aurait pas été de même, et cet article eut pu être exigé pour autoriser cette condition, si, comme le Code civil français, le nouveau code civil avait prohibé d'entrée de cause les donations à cause de mort.²⁾ Cet article a-t-il donc été copié du Code Napoléon, naïvement, et sans que le législateur suisse ait su remarquer, que, nécessaire dans la législation française, il n'était qu'un pléonasme dans la législation suisse ? On ne saurait faire telle injure au rédacteur du Code.

Cet article n'est-il édicté, que pour donner un exemple de condition résolutoire pouvant affecter la donation ? Mais le législateur suisse, toujours si sobre, préoccupé de donner à son code le maximum de concision, ne nous a guère habitué à telle générosité d'exemple !

Le législateur aurait-il, conformément à la doctrine men-

1) Sont exclues naturellement les conditions illicites ou contraires aux mœurs C. c. 482, Co. 177 (1182). — Nous verrons aussi (v. p. 41 ss) à propos de l'irrévocabilité des donations à cause de mort qu'il faut exclure en tous cas la condition purement potestative, dont l'arrivée dépend uniquement du bon plaisir du donateur.

2) Monnier sur art. 951, Rev. crit. 1880, p. 108. Monnier lui-même considère la donation affectée de la clause de retour comme une donation à cause de mort.

tionnée plus haut¹⁾), considéré le droit de retour comme un droit spécial, comme une manière de droit de succession conventionnel? Cette explication serait singulièrement en opposition avec le caractère germanique de notre droit suisse²⁾ et aucun passage des travaux préliminaires ne justifie semblable supposition.

Il faut donc chercher ailleurs, une justification de cette disposition légale. Nous ne pouvons en trouver qu'une, c'est que le législateur a voulu, dans cet article, régler d'une manière absolue, cette donation particulière qu'il appelle donation affectée de la clause de retour, et que, sans réticence, nous appellerons donation à cause de mort.

Il suffit de lire successivement l'art. 951 du code civil français et 273 i du code civil suisse, pour se rendre compte que le second est inspiré du premier.³⁾

Si l'analogie, même terminale, est évidente entre ces deux articles, il n'en est que plus clair que le législateur suisse, connaissant la disposition du code civil français, que nous venons de citer, n'a pas voulu l'accepter, dans son entier : il a fait certaines restrictions; et voilà le vrai sens de cet art. 273 i : il n'est pas énumératif, il est restrictif. Il y a certaines conditions résolutoires, qu'il proscriit de la donation, et c'est à ce titre seulement, qu'il figure dans la législation.

A défaut de cet article, il aurait fallu considérer les clauses de retour suivantes comme valables : les biens feront retour au donateur s'il survit au donataire et à sa postérité ; s'il survit au donataire et à son épouse ; s'il survit au donataire et à ses collatéraux à tel degré.⁴⁾

1) V. ci-dessus p. 33, n° 4.

2) Comp. aussi les dispositions du D B G B, art. 2301.

3) C. c. fr. 951 : « Le donateur, pourra stipuler le droit de retour des objet, donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. — Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul. »

4) Ces donations sont valables en droit français, la première, en évidente conformité avec la loi, les autres, quoique discutées, selon une doctrine bien fondée. Monnier loc. cit. p. 114. Monnier déclare que l'art. 951 n'est qu'énonciatif.

Mais aucune de ces donations ne saurait être déclarée valable, sous l'empire du nouveau droit, aucune n'est compatible avec l'article 273 i du code civil suisse. Le législateur a bien voulu concéder au donateur le droit de retour des objets donnés, en cas de prédécès du *donataire*, mais il s'est arrêté là, et se refuse à admettre, comme l'avait fait le Code civil français, le retour en cas de prédécès du donataire et de ses descendants. Voilà ce qu'a voulu exprimer le législateur suisse en retranchant de l'art. 951 les termes «soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants», tout en maintenant pour le reste, les termes propres du premier alinéa. On ne peut s'empêcher d'admirer ici la concision de notre code, marquant, par une simple analogie de termes, ce que plusieurs articles peut-être n'auraient pu exprimer.

Une seconde différence entre le code civil suisse et le code civil français, nous oblige à pousser plus loin nos recherches : c'est la suppression dans le code civil suisse, du second alinéa de l'art. 951 du code civil français qui stipule, que le droit de retour ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul. Cet alinéa ne figure pas dans le nouveau code. Faudra-t-il en inférer, comme nous l'avons fait pour la discussion du premier alinéa, que le législateur suisse a voulu consacrer une autre solution que le législateur français ? On ne saurait le faire, car le code stipule déjà que le donateur peut convenir à *son profit* le retour des objets donnés. Le mot «seul» se trouve à vrai dire supprimé, mais il n'était plus nécessaire. Le législateur français avait dû le placer pour faire ressortir que le donateur ne pouvait stipuler le retour au profit de ses descendants, alors que, dans le corps de l'article, il venait de parler des descendants du donataire, ce que précisément le législateur suisse n'a pas fait. Si ce dernier n'a pas voulu admettre le droit de retour au profit du donateur, pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants, a fortiori n'a-t-il pas voulu l'admettre au profit des descendants du donateur¹⁾.

1) Le texte allemand est encore plus formel que le texte français : der Schenker kann den Rückfall... *an sich selbst* vorbehalten.

b). Fondement de l'article 273 i.

Si l'interprétation littérale suffit à prouver le bien fondé de la théorie qui vient d'être exposée, il serait néanmoins intéressant de rechercher les motifs, qui ont décidé le législateur à porter ces restrictions à la faculté des contractants, de stipuler toute condition résolutoire.

C'est en vain que l'on en chercherait l'explication dans l'exposé des motifs, les bulletins sténographiques des Chambres ou les messages du Conseil fédéral. Dans toute cette littérature, la donation semble avoir tiré la courte buche¹.)

Mais alors même que le droit moderne tend à dénier à cette sorte de donation son caractère de donation à cause de mort, ce n'est que dans le titre des dispositions pour cause de mort, que l'on pourra trouver des règles présentant une analogie évidente, avec le cas qui nous occupe, et qui pourront nous faire connaître la pensée du législateur.

Comment s'opère en effet la transmission, la succession des droits, engendrés par la donation affectée de la clause de retour ?

La première personne à considérer, c'est le donateur, il est dans ce contrat le sujet primaire de droit. Le droit qu'il transmet, doit se trouver dans son patrimoine, il doit en être titulaire, l'avoir définitivement acquis.

Par le fait de la donation, le donateur se dépouille de ce droit, il cède tout ou partie de ses biens au donataire, qui ac-

1) Bull. stén. déc. 1906 p. 1242. M. Gottofrey commence son exposé de la donation par ces mots : « Il ne me reste plus qu'à vous entretenir le plus brièvement possible » de la donation. — La commission d'experts, nommée pour étudier la revision du Code fédéral des obligations, ne s'est pas occupée du titre de la donation, bien qu'il figure dans le projet de droit des obligations, prétextant qu'il faisait partie du titre final du Code civil suisse. Mais les dispositions de ce dernier, relatives à la donation, n'ont été ajoutées qu'à titre provisoire. — La commission de Langenthal n'a pas publié son protocole.

cepte ; celui-ci devient titulaire, propriétaire de ces biens, il *succède*, au sens large, aux droits du donateur. Ces droits transmis, en effet, ne font plus partie du patrimoine du donateur, le donataire en est devenu véritablement le seul et unique titulaire, bien que sous condition. Ce qui le prouve, comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin, c'est que, si la condition vient à défaillir, tous les actes qu'il aura pu conclure sur ces biens, ventes, constitutions d'hypothèques, et autres, dum conditio pendebat, seront de par le fait irrévocables et définitifs. Mais vienne la condition résolutoire à se réaliser, vienne le donataire à précéder, à qui iront ces biens ? Qui donc succédera au donataire ? Seront-ce ses héritiers naturels, ses descendants, par exemple ? Non pas, ce sera le donateur, qui dans l'acte de donation avait été *substitué* au donataire.

Nous nous trouvons ici en présence d'une véritable substitution fideicommissaire¹⁾, non, il est vrai, dans la succession au sens étroit du mot, mais dans son sens large, comme mode dérivatif d'acquisition de la propriété. La donation affectée de la clause de retour, peut s'accommoder de toutes les dispositions du code relatives aux substitutions fideicommissaires : *le disposant* (le donateur) *a la faculté de grever l'héritier institué* (le donataire) *de l'obligation de rendre la succession à un tiers, l'appelé* (ici encore le donateur).

Mais, ajoute le second alinéa de cet article. 488, la même charge ne peut être imposée à l'appelé.

Or, c'est précisément ce qui aurait eu lieu, si le code n'avait proscrit le droit de retour, pour le cas de prédécès du donataire *et* de ses descendants. Il y aurait eu une triple institution de successeurs : le donataire succédait au donateur, les descendants du donataire (ou autres héritiers du donataire) au donataire, et enfin le donateur aux descendants du donataire. Cette substitution est prohibée par le code civil alors qu'il s'agit des successions proprement dites²⁾, eut-il été logique de permettre son application à la succession dans un sens plus large ?

1) C. c. art. 448, V. Sutter Diss. p. 9 ss.

2) V. Suter Diss. p. 62 ss.

Le même raisonnement s'appliquera-t-il dans le cas où le donateur aurait voulu, ce que la loi lui défend, stipuler le droit de retour à son profit et à celui de ses descendants? C'est ce qu'il est plus difficile d'admettre. Là aussi, nous nous trouvons en présence d'une substitution, mais d'une substitution qui n'est nullement prohibée, lorsqu'il s'agit d'un droit de succession proprement dit.¹⁾ En effet: le donateur institue, pour ainsi dire le donataire comme successeur de ses biens, il se substitue ensuite aux droits qu'il lui a cédés, en cas de prédécès de celui-ci, et il ajoute en outre à cette clause, une clause de substitution vulgaire²⁾ (*Ersatzverfügung*), pour le cas où lui donataire serait mort, mais aurait laissé des descendants. Cette double substitution est autorisée par la loi: c'est ce qui résulte d'une part du second alinéa de l'art. 488, qui ne prohibe que les doubles substitutions fideicommissaires, d'autre part du second alinéa de l'art. 492 qui dispose que en cas de prédécès de l'appelé, les biens substitués sont, sauf *dispositions contraires*, dévolus au grevé. Or la substitution vulgaire (*Ersatzverfügung*) constitue précisément une disposition contraire, et rien ne vient dire qu'elle soit prohibée.³⁾

Il faudra donc chercher ailleurs la justification de cette disposition, et on ne pourra la trouver que dans des motifs d'ordre pratique. La condition résolutoire rend la propriété incertaine, le propriétaire sous condition résolutoire ne pourra retirer de sa chose une utilité sérieuse. Les droits dont il se prévaudra ne sont que conditionnels, les aliénations qu'il pourra faire, les hypothèques dont il voudra grever sa chose seront incertaines. La condition résolutoire a donc pour résultat de ravir au crédit, à la richesse nationale les éléments de prospérité qui dérivent d'une situation stable, d'une propriété assurée.⁴⁾ Dans ces con-

1) Monnier, op. cit. p. 120, considère à tort, à notre avis, ce cas comme une simple substitution fidei commissaire.

2) C. c. art. 487.

3) Motifs p. 66 ss. V. Suter, Diss. p. 29 ss.

4) Monnier loc. cit. p. 109.

ditions, il est aisé de comprendre que le législateur ait voulu réduire au strict minimum, l'usage de cette condition ; il est d'utilité publique que les parties ne puissent rendre, pendant un temps indéfini, la propriété d'une chose incertaine. Les tiers ne sauraient à quoi s'en tenir au sujet de ces biens, le crédit public aurait évidemment à souffrir d'un tel ordre de choses !

c). Sanction de l'article 273 i.

Un dernier point reste encore à élucider à propos de l'art. 273 i ? Quelle sanction le législateur a-t-il infligé aux stipulations, qui auraient pu être faites au mépris de ces prescriptions ?

Le législateur avait le choix : il pouvait prévoir que ces conditions seraient réputées non écrites, comme il l'a fait pour certaines clauses qui pourraient avoir été insérées dans une disposition à cause de mort,¹⁾ il pouvait prévoir aussi la nullité de l'acte entier.

C'est évidemment à ce dernier parti qu'il s'est arrêté, et nous n'aurons qu'à faire application de l'article 177 du Code fédéral des obligations²⁾, qui dispose, « lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer un acte illicite ou immoral, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet, » C'est à la même solution que conduisent les articles 482 et 519 du code civil, en ce qui concerne les dispositions pour cause de mort.³⁾

1) C. c. art. 482 al. 3.

2) Décision identique dans le code des obligations révisé art. 1182.

3) Le Code civil français par contre, a préféré la première alternative et dispose dans son article 900 : « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

§ 3. — La révocabilité

Outre les caractères de la donation affectée de la clause de retour, que nous venons d'énumérer, caractères sans lesquels il ne peut être question de donation à cause de mort, il en est un autre, que nous ne pouvons passer sous silence, surtout à cause du rôle qu'il a joué en droit romain et en droit commun : c'est la révocabilité.

Pouvait-il y avoir en droit romain, une donation à cause de mort, non révocable au simple gré du donateur ? La question a donné lieu à maintes controverses, et n'a pas été absolument résolue. La thèse prédominante,¹⁾ cependant, est celle que le donateur peut renoncer à son droit de libre révocation, que, si rien de spécial n'a été stipulé, il garde le droit de révoquer la donation à son gré,²⁾ soit qu'il s'agisse d'une donation à cause de mort sous condition suspensive, soit qu'il s'agisse d'une donation à cause de mort sous condition résolutoire.

Cette théorie est en effet la seule qui soit en parfaite conformité avec le Digeste et les Nouvelles. Les textes qu'elle invoque sont si clairs et si express, qu'ils ne peuvent laisser place à aucun doute.³⁾ D'autre part un jurisconsulte romain n'a jamais songé à dénier à la donation à cause de mort, dans laquelle le donateur s'était dépouillé du droit de libre révocation, et son caractère de mortis causa donatio et l'application des règles qui lui sont propres.

Or admettre, et avec raison, comme il vient d'être démontré, cette théorie, c'est faire tomber l'un des seuls arguments

1) Savigny, IV p. 249.

2) Cette théorie a pour elle plusieurs textes très clairs du Corpus au D et aux Nov. : I 13 § 1, I 35 § 34 D 39, 6; Nov. 87 pr.; C 1.

3) V. pour la théorie contraire Girard, p. 937 n° 3.

qui aurait pu établir une différence réelle, voir même essentielle, entré la donation à cause de mort, telle qu'elle résulte du droit romain, et la donation affectée de la clause de retour, telle que nous l'avons trouvée dans le code Napoléon, et telle que celle qui nous occupe dans le code civil suisse.

Qu'advint-il dans le cours des âges de ce caractère de révocabilité au simple gré du donateur?

Il est difficile d'établir l'époque où une scission se fit, dans la façon d'envisager la donation à cause de mort. Le résultat en fut, qu'il n'y eut plus que la donation, dont l'exécution était ajournée au prédécès du donateur, qui fut envisagée comme une donation à cause de mort; la condition du prédécès du donataire ne faisait plus de la donation exécutée une institution mortis causa, mais plus qu'une donation conditionnelle ordinaire et cette condition eut nom, clause de retour conventionnelle.¹⁾

Cette distinction fondamentale eut notamment, quant à la révocabilité des donations à cause de mort, un double effet: la donation à cause de mort proprement dite fut généralement considérée comme une *disposition à cause de mort*, et de par son essence²⁾, révocable jusqu'à la mort du donateur; la donation affectée de la clause de retour par contre, fut considérée comme un *contrat*, et la révocabilité par simple volonté du donateur, devint incompatible avec ce caractère.

Il ne peut s'agir ici, que de la donation affectée de la clause de retour. Jusqu'à quel point peut-elle être révocable?

La donation, nous l'avons vu, est un contrat. Or, si pour la création de tout contrat, il faut nécessairement un concours de volonté, il faut pour la révocation de ce contrat, en règle général, pareillement un tel concours de volonté.

1) Voir à cet égard le Dictionnaire universelle de Justice naturelle et civile. Yverdon 1777 T. V. p. 51 ss.; V. les codes de la Suisse romande et spécialement Fribourg 1366-1368. Huber, III p. 680.

2) Nous ne parlons ici, cela va sans dire, que du développement des législations latines, qui ne connaissaient pas le pacte successoral.

C'est dire qu'il ne peut plus être question de la révocabilité au simple gré d'une partie contractante, comme condition essentielle de ce genre de donation; mais c'est dire aussi, que cette libre révocation est exclue de la donation, comme de tout autre contrat, qu'elle est incompatible avec la nature même du contrat.¹⁾

La thèse du droit Justinien, prescrivant que, à défaut de convention contraire, la faculté de révocation est assurée au donateur, ne peut plus trouver d'application en droit moderne.

Bien plus: la convention que passeraient entre elles les parties permettant au donateur de révoquer la donation sans autre cause que son bon plaisir, rendrait la donation nulle.

C'est ce qu'il importe de démontrer.

Le Code civil français, qui n'a pas craint certains développements, et qui a su allier au droit dispositif quelques préceptes de droit interprétatif, a prévu l'hypothèse et l'a résolue, en déclarant nulle toute donation entre vifs faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.²⁾ C'est une déduction de l'adage donner et retenir ne vaut.³⁾

Mais où trouver dans notre droit suisse, dispositions analogues, qui nous permettent d'arriver à une solution?⁴⁾

1) V. Schmid, p. 56. — Voir cependant plus bas ce qui sera dit de la vente à l'essai, p. 44.

2) C. c. fr. art. 944. — Cet article ne peut être séparé de l'article 1174 qui dispose: toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Le C. c. fr. ne rentrant pas dans le cadre de cette étude, nous ne pouvons nous arrêter à ces articles; nous ne pouvons entrer non plus, le C. O. ni le C. c. ne traitant la matière, dans la recherche de savoir s'il y a au point de vue de la donation des distinctions à faire, au sujet de la condition purement potestative, potestative ou mixte. C. c. fr. 1169 ss.

3) Coutume de Paris art. 273; Coutume d'Orléans art. 283.

4) La difficulté ne surgira que dès l'entrée en vigueur du nouveau code, la donation étant jusque là du domaine cantonal. C. O. 10, 141; A. T. F. XIV p. 164, conc. 3.

C'est en vain que l'on parcourrait le Code fédéral des obligations, pour y chercher une disposition analogue à celles que nous venons de citer, du droit romain ou du droit français. Les obligations conditionnelles ne sont traitées que fort succinctement et le code fédéral, dans ses articles y relatifs, ne nous donne à ce sujet aucun éclaircissement. La question des conditions potestatives n'a aucunement préoccupé le législateur suisse, qui les a abandonnées au domaine de la théorie.

N'y a-t-il pas en matière d'obligations, un contrat dont nous voyons dépendre l'exécution de la volonté, du bon plaisir de l'un des contractants? Ce contrat est l'un des plus fréquents, il est de pratique journalière: c'est la vente à l'essai.¹⁾

La vente à l'essai est le type du contrat de droit moderne, affecté d'une condition potestative. Il y a dans ce contrat à titre onéreux, une double obligation: celle du vendeur, qui n'est affectée d'aucune condition: il s'oblige à transférer à l'acheteur la propriété et la jouissance de la chose. L'acheteur d'autre part, s'engage à lui en payer le prix, mais à une condition, c'est que la chose lui plaise et qu'il l'agrée.²⁾

La condition potestative se présente-t-elle de la même manière dans un contrat *unilatéral*, dans un contrat à titre gratuit tel que la donation? Il n'y a, dans les contrats de cette dernière catégorie, qu'une partie qui s'oblige à une prestation: dans la donation, le cas qui nous occupe, c'est le donateur; l'obligation du donataire est purement passive: accepter. Or, peut-on concevoir une obligation de faire ou donner, dépendant d'une condition potestative? L'acte par lequel une personne s'engagerait à donner si cela doit lui plaire, peut-il jamais constituer une obligation? C'est ce qu'il est impossible d'admettre. On serait en face d'un contrat n'engendrant au-

1) C. O. art. 269 ss. de la vente à l'essai.

2) C. O. « Dans la vente à l'essai ou à l'examen, l'acheteur est libre d'accepter la chose ou de la refuser ». — V. Hafner, ad. art. 269. — La construction juridique de la vente à l'essai est très discutée. V. Ennecerus I § 617; Dernburg Pand. I § 152; Windscheid en fait le procès Pand. I § 93 n° 1.

cune obligation, d'un contrat sans objet, qui ne peut être que nul, ou plus, inexistant.¹⁾

Telle est la conclusion à laquelle il faut arriver : il ne peut plus s'agir, en droit moderne, pour la donation à cause de mort, affectée de la condition résolutoire du prédécès du donateur, du droit de libre révocation.

Ce n'est pas sans hésitation que nous nous sommes arrêtés à cette solution. Quelques commentateurs du code allemand, et des plus éminents, entre autres v. Staudinger, permettent aux parties, dans l'hypothèse de l'art. 2.301, de convenir de la révocabilité au gré du donateur.²⁾ Le code allemand traite la donation affectée de la condition résolutoire du prédécès du donataire de telle sorte, que le donateur peut avoir la faculté de se réserver le droit de révoquer, prévu par l'art. 2.293, pour les pactes successoraux : il traite la donation à cause de mort, sous ses deux faces, dans le même contexte, il en fait l'exposé dans le droit des successions.

D'autre part, cette théorie est loin d'être généralement adoptée : Kipp déclare inadmissible la condition purement potestative dans les contrats unilatéraux, et dit avoir pour lui la majorité des auteurs.³⁾

Cette seconde théorie est la seule compatible avec le Code civil suisse. Celui-ci traite la donation affectée de la clause de retour avec les obligations, et rien ne peut faire supposer, qu'il

1) V. Crome I § 97 p. 436 ad n° 9: « der Verpflichtete darf sich nicht beabsichtigtermassen, nach Belieben jeder, Leistung entziehen können. Eine solche Beredung macht das Geschäft ungültig. Es fehlt ernstlicher Geschäftsville. »

2) V. Staudinger, Komm. V. ad art. 2301 p. 629. Quant à Dernburg Bürg. R. I § 152, il permet la révocation dans des circonstances inhérentes à sa théorie de la condition potestative, que nous ne pouvons discuter ici.

3) Kipp dans Windscheid, I p. 489: « Für die Unwirksamkeit eines einseitig belastenden Akts, unter der Bedingung des Wollens des Belasteten dagegen, hat das Gesetz, keinen Ausdruck; wer aber dieselbe mit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie, für selbstverständlich hält, wird einen solchen auch nicht vermissen. » V. aussi III p. 736.

ait voulu admettre pour cette donation un droit de libre révocation, ayant un caractère exceptionnel, et qu'il ne connaît que pour les dispositions de dernière volonté.¹⁾

CHAPITRE II.

Les formes de la donation affectée de la clause de retour.

§ 1. — En général

« Quant à la forme de la donation,²⁾ on peut distinguer dans les législations, deux systèmes différents: le système du droit commun d'une part, et d'autre part le système du droit germanique, suivi par le code civil français et la plupart des codes cantonaux.³⁾

1) V. dans ce sens Schmid, Diss. p. 56; il pose la question mais sans la résoudre; p. 141; les donations librement révocables, ne peuvent avoir de valeur que comme dispositions de dernière volonté. V. C. c. art. 527.

2) Rapport de M. Gottofrey au Conseil National. V. Bull. stén. décembre 1906 p. 1243.

3) Fribourg qui se rattache à ce groupe a adopté un système mitigé. Il admet en principe le système du droit germanique, en ce qu'il distingue entre la donation (promesse de donner) et le don manuel, pour lequel il n'est besoin d'aucune forme. Toutefois l'importance de la prestation entre aussi en ligne de compte, en ce que le don manuel n'est applicable qu'à la donation d'une somme d'argent ou d'un effet mobilier. La donation d'immeuble, d'une universalité ou d'une part aliquote d'une universalité de biens, doit être passée devant notaire. De plus, la donation d'une créance de 600 francs et audessus doit être faite par acte notarié (1381-1383). — Fribourg exige en outre dans certains cas l'homologation (1384).

Toutes les législations admettent que certaines donations ne sont pas valables sans l'observation d'une certaine forme. Mais quelles donations doivent être soumises à une forme, et quelles donations doivent être exemptes de formes? C'est sur ce point que le droit commun et le droit germanique diffèrent. D'après le droit commun, la donation doit être libre ou soumise à une forme, suivant la valeur ou l'importance de cette donation. Si la valeur de la donation ne dépasse pas un certain chiffre déterminé, elle doit être libre, si au contraire elle dépasse ce chiffre, une forme est exigée. En outre, il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où une donation est promise et le cas où elle est exécutée immédiatement. Tout autre est le point de vue germanique... Suivant ce point de vue, la question de savoir si une donation est soumise à une certaine forme, est résolue non pas par la valeur de l'objet de la donation, mais par un autre critère. La considération déterminante est celle-ci : la donation a-t-elle été exécutée, s'agit-il d'une donation manuelle (*Schenkung von Hand zu Hand*), ou s'agit-il au contraire d'une promesse de donner (*Schenkungsversprechen*)? Lorsqu'il s'agit d'un don manuel — qui est en réalité la donation exécutée immédiatement, — aucune forme n'est nécessaire, sous réserve des donations d'immeubles. Lorsqu'il s'agit au contraire d'une donation simplement promise, dans ce cas..., la promesse de donner n'est valable que, si elle a été faite dans la forme écrite.¹⁾ »

Il eut été difficile de donner un aperçu historico-systématique plus concis et plus exact que cette page de M. Gottofrey.

1) Comp. Dernburg, *Bürg. R.* II 2 § 206. — Encore ne faut-il pas prendre au pied de la lettre la distinction faite entre le droit commun et le droit germanique. Même sous l'empire de ce dernier, le principe du droit commun peut trouver son application : ainsi la loi prussienne d'exécution du *D B G B*, en application de l'art. 86 du titre final, prescrit l'approbation royale, pour toute donation dépassant 5000 Mk. V. Enneccerus I p. 626.

Actuellement, et jusqu'au 1^{er} janvier 1912, la matière de la donation est réservée au droit cantonal. C'est ce que déclare l'article 10 du code fédéral des obligations. Mais cet article a été rapporté nominalement par l'article 62 du titre final du code civil suisse. La donation n'est donc plus soumise qu'au nouveau droit, même en ce qui concerne sa forme.

Comment une donation peut-elle être faite ? Telle est la question qui doit nous arrêter au cours de ce chapitre.

Alors même que nous ne sommes pas appelés à faire ici œuvre de critique, nous ne saurions passer outre sans faire remarquer que les dispositions de la loi, relatives à la forme de la donation, sont fort peu rationnelles. Pourquoi le législateur suisse, qui a adopté le système germanique des droits réels et de l'acquisition de ceux-ci, revient-il, lorsqu'il s'agit de la donation, à la conception consacrée par le Code civil français et ses imitations, de la donation manuelle, c'est ce que nous ne pouvons nous expliquer.

La donation, avons-nous vu, est une disposition par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contreprestation correspondante. La donation consiste donc dans cette cession de droits.¹⁾ Or, cette cession pourra se faire de façons fort diverses, et, d'une manière générale, par tous les moyens que le législateur met à la disposition d'une personne, pour en enrichir une autre.

Le cas le plus simple et le plus fréquent, le seul, semble-t-il, que le législateur ait eu en vue, en parlant de donation manuelle, est évidemment celui du transfert, que fait le donateur au donataire, de la propriété d'une chose corporelle. Ce transfert ne peut s'effectuer, conformément aux règles générales du droit réel,²⁾ que par la remise de la chose, s'il s'agit d'un

1) Le texte allemand de l'art. 273 a est bien préférable au texte français; beaucoup plus large que ce dernier il ne parle pas de cession et emploie le terme « bereichern ».

2) C. c. art. 714 et 656. — Encore verrons-nous que les termes « remise de la chose » (Übergabe) dont se sert l'art. 273 d est trop étroit, et qu'il n'a pas eu en vue d'empêcher le constitut possessoire art. 924.

bien meuble, et par l'inscription au registre foncier, s'il s'agit d'un immeuble. Il n'était pour cela besoin d'aucune disposition spéciale à la donation.

Mais ce n'est pas là la seule manière dont une personne peut être enrichie. Nous nous trouverons sans aucun doute en présence d'une donation, lorsqu'une personne concède à une autre, sans contreprestation correspondante, l'usage d'une chose, sans lui en transférer la propriété,¹⁾ lorsqu'elle établit à son profit un droit réel, autre qu'un droit de propriété, sur sa chose ou sur celle d'un tiers, un usufruit par exemple ou une servitude. La simple remise de dette, faite dans une intention de libéralité, le paiement, fait à un tiers, de la dette de la personne que l'on veut enrichir, constituent autant de donations.²⁾ Chacune de ces dispositions doit revêtir, pour sa validité, les formes exigées par la loi, sans qu'une forme particulière soit nécessaire, pour les faire à titre de donation. C'est ainsi que, aux termes de l'article 140 du code fédéral des obligations, il ne sera besoin d'aucune forme spéciale, pour annuler ou réduire conventionnellement une créance.

Il est évident que dans ces conditions une disposition spéciale à la donation manuelle, telle que celle de l'article 273 d, ne pouvait que semer la confusion. C'est ce qu'a compris le code civil allemand, qui ne parle nulle part de la donation manuelle.

Mais, conformément à ces principes, il est encore un autre moyen, dont peut se servir une personne, pour en enrichir une autre : elle peut se constituer sa débitrice, assumer en sa faveur une obligation, s'engager envers elle à lui transférer un jour la propriété d'une chose ou à l'enrichir d'une autre façon.

1) Pour que la concession faite de l'usage d'une chose constitue une donation, les auteurs s'accordent à exiger que cette concession épargne au donataire une dépense qu'il eut faite sans cela. V. Crome, II § 230 p. 503 n° 4. — V. aussi quant à l'objet de la donation Dernburg, Bürg. R. II 2 § 205 p. 118 ff.; Savigny, Système IV p. 563.

2) V. Schmid, Diss. p. 80 ss.

La création même de cette obligation constitue une donation : aucun doute en effet que le patrimoine de la personne, envers laquelle cette obligation a été assumée, se soit accru d'un droit de créance.

Or, conformément à l'article 9 du Code fédéral des obligations, le contrat, par lequel une personne aurait assumé une telle obligation, eut été valable, en dehors des cas prévus par la loi, sans une forme spéciale.

Mais c'est ce qu'a voulu empêcher le législateur. La constitution d'une telle obligation, à titre de donation, n'est valable que si elle est faite par écrit ; cette forme est renforcée encore, s'il s'agit de l'obligation de transférer la propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier ; un tel contrat ne sera valable que s'il est fait par acte authentique.

Pourquoi la loi parle-t-elle dans ce cas d'une promesse de donner ? C'est ce qui ne peut s'expliquer que par le respect de la tradition. Cette dénomination est tout à fait inexacte. En quoi consiste en effet la donation, dans le cas particulier ? Précisément dans la *constitution* de cette obligation ; l'*exécution* de cette obligation ne sera que l'accomplissement d'un devoir, que le donataire pourra exiger et poursuivre au moyen d'une action civile, la prestation de l'objet de cette obligation sera la prestation d'une chose due, et ne saurait donc constituer, en elle-même, une donation.¹⁾ Appeler la constitution de l'obligation de donation « promesse de donner » est aussi illogique que ne le serait l'appellation de « promesse de vente », pour la conclusion du contrat de vente même. L'exécution de la promesse de donner est l'équivalent de ce qu'est à la vente l'exécution du

1) La doctrine allemande est unanime et des plus expresse sur ce point. Au titre des donations, le B G B a substitué au terme de *Schenkungsversprechen*, l'expression « *schenkweise versprochene Leistung* », (518) beaucoup plus exacte. *Schenkungsversprechen* apparaît cependant encore dans quelques dispositions du droit successoral (2113 et 2301). V. Dernburg, *Bürg. R.* II 2 § 205 p. 118 ; Crome, II § 230 p. 504 : *das Schenkungsgeschäft erschöpft sich in diesem Versprechen: die materielle Leistung ist hier nur Erfüllung des Schuldverhältnisses* ; et Crome ajoute n° 12 : *also nicht selbst Schenkung*.

contrat de vente, tandis que la promesse de vente est un contrat de nature toute différente.¹⁾

Il ne nous reste plus dès lors qu'à examiner successivement quelle forme devra revêtir une donation, affectée de la clause de retour, soit que cette clause affecte la donation, ayant pour objet la création d'une obligation, que nous appellerons, pour nous conformer à la terminologie du code, *promesse de donner*, soit qu'elle affecte la donation faite de toute autre manière, que, pour le même motif, nous appellerons encore *donation manuelle*.

§ 2. La promesse de donner

Avant d'entrer en matière sur cette forme de donation, une question se pose. La simple promesse de donner peut-elle être affectée de la clause de retour pour le cas du prédécès du donataire? Ce n'est qu'à cette condition qu'elle peut revendiquer sa place dans notre étude.

La façon rationnelle, dont nous envisageons la promesse de donner, nous permet de donner une réponse affirmative à cette question. Malgré l'expression «... ut *statim* fiat accipientis²⁾ », dont se servent les Digestes, pour désigner cette sorte de donation à cause de mort, on ne sait pourquoi elle ne pourrait être effectuée par une simple promesse de donner. Même en droit romain, l'exécution immédiate de la donation n'était pas requise, car il ne faut pas oublier, que si la donation pouvait être faite dando et liberando, elle pouvait l'être aussi obligando.³⁾

Quant au droit moderne, il est évident que, si le donateur peut dans tous les cas de donation manuelle se réserver le droit

1) C'est à ce résultat qu'aurait nécessairement abouti une discussion à laquelle aurait été soumise la donation; qu'il nous soit permis d'espérer, que le nouveau code des obligations veuille bien rompre enfin avec une tradition, qui ne correspond plus à l'état du droit actuel, et que la donation soit soumise enfin à une discussion sérieuse.

2) 1 2 D 39, 6.

3) Glasson op. cit. Chap. III section 1.

de retour, il le peut aussi dans le cas de la promesse de donner. Quel sera le sens de ce droit de retour?

En faisant une promesse de donner, le donateur crée en faveur du donataire, une obligation dont il se constitue débiteur ; il s'oblige, en d'autres termes, à faire en sa faveur, soit immédiatement, soit dans un temps plus ou moins prochain, une prestation quelconque. Mais il ne prend pas l'engagement de faire cette prestation purement et simplement ; il ne s'oblige pas, par exemple, à transférer purement et simplement la propriété d'une chose déterminée ; il ne s'engage qu'à transférer la possession de cette chose, tout en convenant que la propriété n'en sera définitivement acquise qu'au moment de sa mort ; ou bien il s'engage à transférer en même temps et la possession et la propriété de la chose au donataire, mais en convenant avec lui que la propriété transférée sera soumise à une condition résolutoire, c'est-à-dire qu'elle lui fera retour, si le donataire vient à mourir avant lui.

Il n'y a dans le code aucune disposition qui prohibe une telle promesse de donation, ni qui la soustraie aux règles propres aux donations.

La promesse de donner, que la loi soumet aux règles concernant les dispositions à cause de mort, est bien différente de celle que nous venons de décrire. Nous l'avons étudiée dans le premier chapitre de cette étude : c'est la promesse de donner que passent les parties, en convenant que son exécution est suspendue jusqu'au décès du donateur, une toute autre hypothèse.

Ceci bien établi, il sera facile de démontrer que la promesse de donner sera la forme la plus fréquente de la donation affectée de la clause de retour. Il faut même aller plus loin, et déclarer que, en présence de la nature complexe de la donation à cause de mort, c'est la seule qui pourra offrir au donateur, dans la plupart des cas, des garanties suffisantes, que son droit de retour ne sera pas un vain mot. Ce sera la supposition nécessaire de toutes donations d'immeubles.

La promesse de donner doit, pour être valable, être faite

par écrit.¹⁾ L'écriture est le seul réquisite formel exigé pour la promesse de donner un bien mobilier. Si les contractants conviennent de joindre, à la donation, la clause de retour, cette clause devra pareillement figurer dans l'acte écrit.

Bien que le code n'ait pas prescrit particulièrement la stipulation écrite pour le droit de retour, il faut nécessairement aboutir à cette conclusion.

L'art. 11 du C. O. dispose en effet que, lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette disposition s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires, qui ne sont pas en contradiction avec l'acte.

Or, bien qu'il n'ait pas été textuellement consacré par le nouveau code, le vieil adage donner et retenir ne vaut, est bien toujours inné dans la conception de la donation ; l'article 273 a parlé du reste d'une cession, et il est naturel que cette cession soit considérée par tous, par les tiers, par les héritiers notamment, comme définitive. Le droit de retour constitue une exception à ce principe de la cession définitive. Le droit de retour, nous l'avons vu, n'est pas autre chose qu'une condition résolutoire. La donation, qui en est affectée, est une donation conditionnelle ; elle se distingue par sa nature et par ses effets de la donation pure et simple. Or une condition, qui a de tels effets, ne saurait être considérée comme une clause « complémentaire et accessoire » dont parle l'art. 11 du C. O., mais bien au contraire, comme une clause essentielle au droit qu'il s'agit de créer, dérogoratoire au droit commun. Or, pour ces clauses, le législateur exige la même forme que pour l'acte lui-même.²⁾

A cet argument tiré des textes de la loi, vient s'en ajouter un autre d'un caractère juridique plus général. Pourquoi le lé-

1) C. c. art. 273 et al. 1.

2) Arg. art. 11 (1027 Code des obligations révisé.) V. aussi Rossel man. C. O. p. 50: « En dehors des clauses qui sont purement secondaires, les clauses conditionnelles ou dérogoratoires, ne sont valables que si elles sont elles-mêmes constatées par l'écriture. »

gislateur exige-t-il pour certains actes la forme écrite? Les divers motifs qui l'y ont engagés, sont énumérés par tous les traités généraux. L'on cite notamment les suivants : engager les parties à réfléchir sur la portée de leurs actes, servir de moyen de preuve, éclairer les tiers sur les intentions des parties. Ce seront principalement les deux derniers motifs qu'il faudra considérer, pour exiger la forme écrite, pour la stipulation du droit de retour. Que l'on songe que le droit de retour ne pourra être exigible qu'après la mort du donataire, soit de l'un des contractants. Comment après le temps, probablement assez long, qui se sera écoulé entre la donation et la mort du donataire, le donateur pourra-t-il prouver, à défaut de stipulation écrite, que le droit de retour a été réservé? Il lui manquera précisément le premier élément de preuve, la déclaration, l'aveu du donataire. Il importe aussi que les tiers, qui pourraient être éventuellement intéressés, connaissent la nature des droits du donataire. Jamais, ou du moins bien rarement, ils consentiront à prendre en gage, à prêter sur hypothèque, à acheter un objet sur lequel une personne n'a qu'un droit, frappé d'une clause de retour. Et comment pourraient-ils connaître ce droit, s'il n'est consigné dans l'acte de donation?

Un autre argument peut encore être invoqué, argument tiré des règles de la procédure civile. C'est une supposition légale généralement admise, que, lorsque les parties se donnent la peine de rédiger un acte, elles y font figurer tout ce qui peut avoir de l'importance à leurs yeux.¹⁾ De cette supposition sont nées les dispositions de l'art. 1341 du code civil français : on ne peut prouver par témoins « contre et outre le contenu aux actes, ni ce qui serait allégué avoir été dit avant, pendant ou depuis l'acte », dispositions qui ont passé dans la plupart des législations.²⁾ Il n'est pas admissible que les parties qui ont pris la peine de passer une promesse de donner écrite, n'aient

1) V. Baudry-Lacantinerie Précis II p. 372 ss.

2) Fribourg C. pr. civ. 290; Valais 1213.

pas mentionné dans l'acte le droit de retour qui aurait été stipulé.¹⁾

Enfin un dernier argument, et des plus concluants, peut être tiré a contrario de l'art. 2 du Code fédéral des obligations. Une condition est en effet un élément de l'acte juridique qui d'« accidentale » a été élevé au rang d'« essentielle ». Or il est évident que les parties ne sont liées définitivement que si elles se sont mises d'accord sur tous les points essentiels.

S'il est dès lors acquis que la forme écrite est exigée, non seulement pour la donation, mais aussi pour ses modalités, et notamment pour la condition résolutoire, il faut encore rechercher sous quelle peine cette forme écrite est exigée.

Pour la donation même, la loi le dit expressément : la promesse de donner n'est valable, que si elle est faite par écrit.²⁾ Quant à la stipulation de la condition, deux alternatives sont en présence : à défaut de stipulation écrite de la condition, la donation ne pourra valoir que comme une donation pure et simple, mais sera valable en cette qualité, ou bien l'acte même est nul. Il n'y aura non seulement pas de donation conditionnelle, mais pas même de donation.

C'est à cette dernière alternative qu'il faut s'arrêter, et cela d'après les principes les plus élémentaires du droit des obligations. L'obligation conditionnelle diffère soit dans sa nature, soit dans ses effets de l'obligation pure et simple. Or, un acte mentionnant que les parties n'ont conclu qu'une obligation pure et simple, alors qu'elles ont voulu conclure une obligation conditionnelle, serait nul, parce que manifestement contraire à la volonté des parties. Il n'y aura donc ni donation

1) Ces dispositions des procédures civiles cantonales restent valables, malgré l'entrée en vigueur du nouveau code. On ne saurait leur appliquer l'art. 10 du titre préliminaire. Elles n'exigent pas la forme écrite pour certains actes, mais tendent seulement à la faire respecter, à confirmer la force probante des actes écrits, lorsque ceux-ci sont requis par la loi fédérale elle-même.

2) C. c. art. 273 e al. 1.

pure et simple, parce qu'une telle donation serait contraire à la volonté des parties, il n'y aura pas de donation conditionnelle, pour défaut de forme : il ne reste donc absolument rien.¹⁾

S'il est nécessaire que le caractère conditionnel de la donation soit inséré dans l'acte, peu importe en quels termes il le sera : qu'il y soit inséré comme une condition affectant la donation, qu'il le soit comme une clause spéciale, clause de retour proprement dite, peu importe. Tout ce que la loi exige, c'est que le droit de retour figure dans l'acte écrit.

Il n'a été question jusqu'ici, que de la forme de la promesse de donner en général. Mais cette forme diffère, si le bien à transférer est un bien meuble, ou un immeuble. Dans le premier cas, la loi n'exige que la forme écrite, elle ne précise pas. Les principes généraux du code fédéral des obligations seront donc applicables, et notamment les art. 12 ss. de ce code, un échange de lettres ou même de télégrammes, vaut comme un acte écrit.

Mais la loi se montre plus exigeante, lorsqu'il s'agit de la promesse de donner un immeuble ou un droit réel immobilier. Celle-ci n'est valable que si elle est faite dans la forme authentique.²⁾

En quoi consistera, quelles seront les formalités des actes authentiques, sous le régime du nouveau code ? Ce sont les cantons qui auront à légiférer en cette matière, car cette compétence leur a été expressément réservée par l'art. 55 T. f. du code civil.³⁾

1) V. C. O. art. 19 ad 1^{um}. Comp. Rossel Man. C. O. p. 58 ; A. T. F. XIV p. 285 ss. V. D B G B art. 119-122 ; V. Dernburg, Bürg. R. I. p. 480 ss.

2) Disposition analogue à celle de l'art. 58 T. f. 271 a : les ventes d'immeubles ne sont valables, que si elles sont faites dans la forme authentique ; et à l'art. 657 : les contrats, ayant pour objet le transfert de la propriété, ne sont valables que s'ils sont reçus dans la forme authentique.

3) Les cantons déterminent, pour leur territoire, les modalités de la forme authentique. — Ils établissent également les règles à suivre pour la rédaction des actes authentiques, dans une langue étrangère.

Enfin, l'art. 271 e al fine ajoute que dès que la promesse de donner est exécutée, elle est assimilée à une donation manuelle.

§ 3. — La donation manuelle¹⁾.

Nous avons vu plus haut²⁾ quel sens nous donnons à cette expression, et combien elle est trop étroite, et ne reviendrons plus à la discussion de cette terminologie. Donation manuelle est, pour nous, la donation faite de toute autre manière que par la constitution d'une obligation, constitution qui forme la promesse de donner.

Toute donation est un contrat, partant nécessairement aussi la donation manuelle. Tout contrat nécessite une déclaration de volonté des parties. Mais la façon dont peut s'exprimer cette volonté est bien différente. La déclaration de volonté peut être expresse, verbale ou écrite; elle peut aussi découler de faits concluants et, en premier lieu, de l'exécution même de la prestation qui fait l'objet du contrat. Le groupe des contrats, qui se forment ainsi par leur exécution, joue un rôle juridique important, c'est le groupe des contrats réels (*Realgeschäfte*), qu'il faut bien se garder de confondre avec les contrats réels d'origine romaine.³⁾ Un tel contrat est précisément la donation manuelle. Nous nous trouverons donc en présence d'une donation manuelle (*Realschenkung*), dès que la déclaration

1) Le droit français désigne la donation manuelle sous le titre de « don manuel » (art. 6, loi des finances du 18 mai 1850; l'ancien droit parlait de donation de la main à la main, terminologie adoptée par le texte allemand du code civil suisse, « *Schenkung von Hand zu Hand* »; terme plus ancien encore: « donation de main chaude. »

2) V. ci-dessus p. 46 ss.

3) Tels que prêt à usage, prêt à consommation, dépôt.

de volonté des parties satisfera aux exigences de la loi, en matière de contrats réels, soit qu'aucune forme particulière ne l'accompagne, tel sera le cas de la donation constituée par remise de dette, soit qu'elle soit accompagnée de la forme que nécessite son exécution, tel sera le cas de la donation effectuée par remise de la chose au donataire.¹⁾

N'ayant à nous occuper ici, non pas de la donation en général, mais seulement de la donation affectée de la clause de retour, nous nous bornerons à en étudier l'adaptation au cas type de la donation manuelle: la donation effectuée par la remise de la chose ou par l'inscription au registre foncier.

Le code fait une distinction entre la donation manuelle, suivant qu'il s'agit de donner un bien meuble ou un bien immeuble; comme il l'avait fait déjà pour la promesse de donner.

Il ne peut, d'après le code, y avoir une donation manuelle pure et simple, que dans le cas d'un bien meuble;²⁾ car, s'il s'agit de donner un immeuble, la loi exige une autre formalité que la simple tradition: l'inscription au registre foncier.³⁾

Q'advient-il de la condition qui nous occupe, qu'advient-il de la clause de retour qui pourrait être stipulée dans le cas d'une donation manuelle? Peut-on faire dépendre une donation manuelle d'une condition suspensive ou résolutoire? Ces conditions doivent-elles pour être valables revêtir certaines formes? Autant de questions qui se posent.

La donation manuelle est-elle susceptible de condition suspensive? La condition suspensive, semble répugner à la nature de la donation manuelle.

1) V. construction juridique dans Crome I § 86 p. 382; II § 211, p. 399 ss.; § 230 p. 503 ss.

2) Huber: Grundstücke können in Wirklichkeit nicht von Hand zu Hand geschenkt werden. Bull. Stén. décembre 1906 p. 1237.

3) art. 273 d al. 2.

Malgré cette apparence de contradiction, la doctrine allemande admet, non sans opposition, que la donation manuelle peut être affectée d'une condition suspensive.¹⁾

Quant à nous, nous n'hésiterons pas à nous prononcer en faveur de la possibilité de concilier la condition suspensive avec la donation manuelle.

Il faut pour le transfert de propriété d'un meuble, à teneur de l'art. 714 du Code civil, mise en possession et intention des parties. L'art. 199 du CO consacrait les mêmes principes. Or, ces deux réquisites peuvent se présenter sous différents rapports : ou bien l'intention des parties peut exister seule, et la mise en possession faire défaut, ou bien, au contraire, la mise en possession peut exister, sans que l'intention des parties existe de transférer la propriété de la chose immédiatement, mais bien de faire s'opérer ce transfert de propriété, sous certaines conditions seulement.²⁾ Une telle condition dont les parties peuvent faire dépendre le transfert de la propriété d'un ob-

1) V. v. Staudinger, V. p. 629; Dernburg Bürg. R. V. § 85 n° 6; par contre Endemann, Einf. III § 63 n° 15. — La condition suspensive a de par sa nature un élément d'incertain et de futur : la donation manuelle est précisément un contrat qui se forme par un acte certain et immédiat, la donation manuelle a lieu par la remise de la chose. S'il devait en être autrement, on se trouverait en apparente contradiction entre deux textes de loi tous deux en vigueur, l'art. 273 d al. 1 du code civil, dont nous venons de donner la teneur, et l'art. 175 du code fédéral des obligations qui dispose que l'obligation est conditionnelle lorsque la formation en est subordonnée à un événement incertain. La contradiction n'en paraît pas moins évidente d'après les textes allemands : C. c. 273 d : eine Schenkung von Hand zu Hand erfolgt durch Übergabe der Sache... art 171 C. O. : eine Verbindlichkeit deren Entstehung vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist eine bedingte. — On comprend facilement que, en présence de cette contradiction au moins apparente, la doctrine allemande, qui a eu la même difficulté à trancher, se soit divisée en deux camps.

2) V. Oser, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Zeitschrift für Schw. Recht Vol. 46 p. 438 ff. — Oser a, dans cet article, dressé cette théorie pour la vente avec réserve de propriété p. 459, 472, 474 ss. les mêmes principes s'appliquent à la donation manuelle.

jet, dont la possession a déjà été cédée, peut être précisément le prédécès du donateur. La mise en possession a eu lieu, la donation manuelle est opérée et s'appuie sur un acte juridique parfaitement valable : le contrat de donation, soit l'expression de volonté concordante des parties, en vue de transférer la propriété de la chose donnée, dès que la condition se sera réalisée¹.)

S'agit-il d'une condition résolutoire, rien ne s'oppose à ce que le donateur, en remettant la chose de la main à la main, ne réserve la résolution de cette donation, dans certains cas déterminés. La condition résolutoire n'empêche pas l'obligation de se former, elle en cause la résolution; elle fait que l'obligation cesse de produire ses effets du moment où s'accomplit un événement incertain, auquel elle était subordonnée.²) Or, c'est précisément le cas de la clause de retour : le donateur fait, dans l'intention de donner, remise d'une chose au donataire, mais avec cette condition, que la donation sera résolue au cas où lui, donateur survivrait : le donataire accepte la chose donnée avec cette condition, la donation a effectivement eu lieu, la condition résolutoire ne l'a pas empêchée de se former.

Il ne faut pas restreindre à la seule clause de retour de l'art. 273 i, la compatibilité entre donation manuelle et condition résolutoire; ainsi sous l'empire du nouveau code, le don manuel fait par un malade à la personne qui le soigne ou à toute autre personne, sous cette condition, que le donateur reprendra la chose donnée en cas de guérison, sera valable.³)

1) Il y aurait lieu d'examiner ici à la lumière du nouveau code, la façon dont celui-ci envisage le contrat réel (*dinglicher Vertrag*), qui suit le contrat obligatoire. Les limites de cette étude ne nous permettent pas de le faire.

2) C. c. art. 174.

3) La jurisprudence française par contre déclare cette hypothèse incompatible avec l'art. 893 du code proscrivant la donation à cause de mort, et incompatible avec l'irrévocabilité des donations. V. Baudry-Lacantinerie III p. 611; Cass. 20 janv. 1903; comp. 1 2 D 39, 6.

Si la clause de retour peut accompagner la donation manuelle, comment devra-t-elle être stipulée pour être valable ?

Nous sommes obligés de toucher un mot, en posant cette question, du problème fort complexe de la preuve de la donation manuelle.

La donation manuelle étant un *fait*, il semblerait au premier abord que la preuve en incombe à celui qui l'invoque. C'est là en effet règle de procédure probatoire fondamentale : nous la trouvons inscrite dans nos anciens codes cantonaux,¹⁾ nous la retrouvons au titre préliminaire du code civil suisse qui, à l'art. 8, stipule : chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue, pour en déduire son droit. Et cependant, ce ne sera pas généralement à celui qui invoque la donation manuelle, au donataire, qu'incombera le fardeau de la preuve, mais bien à celui qui voudrait prétendre qu'il n'y a pas eu de donation, C'est qu'en effet, la donation manuelle entraîne nécessairement la remise de la chose au donataire, celle-ci entre dans son patrimoine d'une manière effective : il en devient possesseur. Or, le possesseur d'une chose jouit d'une protection toute particulière de la loi : le législateur suisse a consacré en un certain sens l'ancienne maxime : en fait de meubles possession vaut titre, en déclarant que le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire.

Il s'en suit, que le donataire, devenu possesseur de l'objet donné, n'a aucune preuve à faire de la manière dont il a acquis l'objet qu'on voudrait lui réclamer, et que tout tiers qui voudrait l'attaquer, devra faire la preuve qu'il n'y a pas eu donation. Est-il nécessaire de dire que dans la plupart des cas, cette preuve sera fort difficile, qu'elle sera pour ainsi dire im-

1) C. c. frib. 2171 : celui qui allègue un fait, ou réclame l'exécution d'une obligation, doit prouver ce fait ou cette obligation. Comp. I 12 D 22, 3.

possible, si la possession de celui qui est, ou se dit donataire, jouit de tous les caractères exigés par la loi ? ¹⁾

Qu'en sera-t-il maintenant de la preuve de la condition résolutoire, dont a été affectée la donation manuelle ? Qu'en sera-t-il de la preuve du droit de retour ?

Les principes énoncés pour la preuve de la donation manuelle, restent applicables : le possesseur des objets donnés en est présumé propriétaire. Mais dans quelles mains se trouveront ces objets, qui en sera le possesseur au moment où la condition résolutoire viendrait à s'accomplir ? Ce ne sera plus le donataire, puisque son décès réalise précisément la condition : ce seront ses héritiers. Ceux-ci jouiront de la protection que la loi accorde à la possession. Ils n'auront aucune preuve à fournir au cas où le donateur des objets litigieux viendrait les leur réclamer, et c'est à ce dernier qu'incombera le fardeau de la preuve ; c'est à lui à prouver que la donation de ces biens n'était que conditionnelle, que ces biens étaient affectés d'un droit de retour.

Le code n'ayant soumis la preuve de la clause de retour à aucune forme, il s'en suit que cette preuve pourra être faite, lorsque la clause de retour a été stipulée en complément d'une donation manuelle, par tous moyens et notamment par témoins. La preuve par témoins étant dans une telle matière fort alléatoire, le donateur soucieux de voir son droit de retour respecté, aura recours à un autre moyen : l'écriture. Si la donation manuelle se fait sans aucun écrit dans la plupart des cas, du moins l'écrit n'est-il pas prohibé, et le donateur aura-t-il pleine faculté de stipuler en un acte écrit le droit de retour qu'il entend se réserver.

Faut-il aller plus loin, et déclarer que la forme écrite est nécessaire pour la validité de la stipulation de la clause de re-

¹⁾ Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude de pousser plus loin la question de la preuve des dons manuels, ni des inconvénients qu'ils peuvent avoir. V. Laurent III p. 355 ss. et jurisprudence mentionnée par cet auteur.

tour ? Les mêmes arguments militent en faveur de cette nécessité, tant pour la clause de retour adjointe à une donation manuelle, que pour la clause de retour adjointe à une promesse de donner : servir de moyen de preuve, éclairer les tiers sur les intentions des parties, et ceci d'autant plus que le transfert de la propriété est immédiat.

Malgré la valeur pratique de cet argument, une telle théorie devrait être écartée, comme n'ayant aucun fondement dans la loi. En vain, chercherait-on à faire valoir ici l'article 1 du code civil : la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions, en alléguant, pour la nécessité de la forme écrite du droit de retour, les mêmes motifs que lorsqu'il s'agit de la promesse de donner. L'argument tiré de l'esprit de la loi se retournerait précisément contre celui qui voudrait l'invoquer ici.

En effet, si l'on recherche l'esprit de la loi en matière de donation, on arrive à la conclusion suivante : le législateur est parti du principe que comme tout contrat, la donation devait être irrévocable. Pour arriver à fonder cette irrévocabilité deux voies s'ouvraient devant lui : ou bien les parties devaient, si elles ne voulaient opérer immédiatement le transfert de la propriété, dresser un écrit qui atteste la créance qu'ils font naître, et permette ainsi au donataire d'exiger le transfert de propriété des objets donnés ; ou bien le donateur pouvait transférer immédiatement la propriété d'un objet, en faisant la donation manuelle, et le donataire jouissait alors de la protection accordée au propriétaire de la chose. L'écrit, nécessaire dans l'un des cas, devenait inutile ou superflu dans le second, et établissait ainsi, au point de vue formel, une limite assez franche, entre la promesse de donner et la donation manuelle. Serait-il logique désormais d'enfreindre ces limites, et d'exiger pour la clause de retour affectant une donation manuelle et ne formant qu'une donation manuelle conditionnelle, une forme propre à la promesse de donner ? Nous ne pouvons l'admettre. Aussi en conformité avec la loi, qui ne prescrit pas la forme écrite pour la donation manuelle, déclarons-nous qu'elle n'est pas nécessaire non plus pour la clause de retour.

§ 4. — La donation d'immeubles

Dans les paragraphes précédents, nous avons déjà eu l'occasion de toucher l'un ou l'autre point des donations d'immeubles. C'est ainsi que relativement à la promesse de donner, nous avons remarqué que la promesse de donner un immeuble n'était valable que si elle était faite dans la forme authentique,¹⁾ tandis que la simple forme écrite suffit lorsqu'il s'agit de la promesse de donner un bien meuble. D'autre part, on a vu au sujet de la donation manuelle, que celle-ci ne pouvait, à proprement parler, s'appliquer aux immeubles,²⁾ puisque pour le transfert de propriété de ceux-ci, une inscription au registre foncier est nécessaire,³⁾ et que cette inscription suppose toujours une promesse de donner.

Ces particularités propres à la donation d'immeubles, font de ces donations, quant à leur forme du moins, une catégorie à part, qui exige, dans leur exposé, une place spéciale.

Avant de parler de la donation même des immeubles, il est nécessaire de rappeler brièvement les règles que le législateur suisse établit, quant au transfert de la propriété foncière.

En matière d'acquisition de la propriété foncière, le code civil suisse pose un principe, sur lequel se base tout son système: l'inscription au registre foncier, est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière.⁴⁾ Il ne peut y avoir transfert de la propriété foncière, sans inscription au registre foncier. C'est le principe de l'inscription, qui, avec le principe de la publicité, forme la base de tout le droit réel immobilier du code civil suisse.⁵⁾

1) V. p. 56 ci-dessus. C. c. art. 273 e al. 2.

2) V. p. 58 ci-dessus, et note 1 eod.

3) C. c. 273 d.

4) C. c. art. 656 al. 1.

5) V. Wieland Sachenrecht p. 59 ad art. 656 n° 1.

Mais l'inscription au registre foncier à elle seule, n'opère pas encore le transfert de la propriété. Il faut que cette inscription se base sur un fondement juridique valable¹⁾, sur une vente, un échange, soit, dans le cas particulier, sur une donation. Il faut une déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble²⁾, le droit de propriété de celui qui aliène, à moins que la bonne foi de l'acquéreur n'y supplée.³⁾

La propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier ne pourront s'acquérir que s'il est satisfait à tous ces réquisites.

La donation d'un immeuble ne sera dès lors parfaite, que si ces prescriptions sont observées. Avant tout, il faudra au transfert de propriété, un fondement juridique, ce sera la promesse de donner, promesse reçue, nous l'avons vu, en la forme juridique ou authentique puisqu'il s'agit d'un immeuble. Mais la donation d'immeubles ou de droits réels immobiliers n'étant parfaite que par son inscription au registre foncier,⁴⁾ il s'en suit que celui, qui est au bénéfice d'une promesse de donner, n'est encore aucunement propriétaire de l'immeuble en question; il n'a encore acquis aucun droit réel quelconque.⁵⁾ Le seul droit que confère la promesse de donner au donataire, est un droit personnel, un droit de créance: il a une action personnelle contre le donateur, il peut, au terme de l'art. 665, exiger que le propriétaire fasse opérer l'inscription; en cas de refus de la part du donateur, de s'exécuter, soit de délivrer la déclaration écrite dont parle l'art. 963, il pourra demander au juge l'attribution du droit de propriété. Le donataire, s'il obtient un ju-

1) V. Wieland eod. p. 60 n. 3.; C. c. art. 657 al. 1.

2) C. c. art. 963 al. 1.

3) C. c. art. 973.

4) C. c. art. 59 T. f. 273 d.

5) V. Wieland eod. p. 62 n. 9^a.

gement favorable, pourra de son chef réclamer l'inscription au registre foncier : le jugement est constitutif de propriété.¹⁾

Tel sera le cas, lorsqu'il s'agira d'une donation pure et simple; mais nous avons précisément à nous occuper d'un cas plus complexe : la donation à cause de mort est une donation conditionnelle. Les principes généraux qui viennent d'être énumérés, seront-ils applicables à ces donations conditionnelles? Au premier abord on serait tenté de refuser aux donations à cause de mort, le pouvoir de constituer, avant la réalisation de la condition, soit pendant la vie du donateur, n'importe quel droit réel immobilier, car seuls les droits définitivement acquis, peuvent être inscrits dans le registre foncier. Le code le prévoit explicitement pour le cas de vente d'immeubles : les ventes conditionnelles d'immeubles ne sont inscrites qu'après l'accomplissement de la condition.²⁾

Or, sommes-nous ici en présence d'une règle de droit particulière à la vente, ou ne sommes-nous pas bien plus en présence d'une règle générale, commune à toute inscription au registre foncier? Nul doute que le législateur n'ait voulu consacrer cette seconde hypothèse. Le registre foncier doit être un état fixe des droits immobiliers d'un arrondissement; il est d'intérêt public, que ceux qui le consultent soient renseignés sur l'état actuel de la propriété foncière, et non sur des éventualités plus ou moins probables.³⁾

C'est ce que confirme la discussion qui eut lieu au sein des chambres fédérales relativement à la vente conditionnelle. Le projet du Conseil fédéral concernant les dispositions transitoi-

1) C. c. art. 665 et 963.

2) C. art. 58 T. f. 271 c. Le B G B art. 925 consacre le même principe mais d'une manière générale: Eine Auflassung die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam. V. Ennecerus-Lehmann II p. 155.

3) V. rapport de M. Gottofrey, Bull. stén. décembre 1906 p. 1241. Comp. dans ce sens Rapport de M. Huber eod. p. 1235.

res et finales portait un article 1261, prohibant la vente conditionnelle d'immeubles. La commission du Conseil national biffa cet article, qui n'avait pas sa raison d'être, mais les rapporteurs jugèrent opportun de s'expliquer sur la portée de cette suppression.¹⁾ La promesse de vente, comme la vente elle-même, peut certainement être faite avec une condition; mais toute autre est la question de savoir si au registre foncier, on peut inscrire un transfert de propriété affecté d'une condition. Cette question doit être résolue négativement, a déclaré le rapporteur. Il en résulte donc, que, même affecté d'une condition, le contrat obligatoire est pleinement valable; mais lorsqu'il s'agira d'inscrire la vente au registre foncier, aucune condition ne sera admise, parce que, dans le système du projet, l'inscription d'un droit réel ne comporte pas de conditions.²⁾

Si tel est le caractère du registre foncier, il paraît évident, qu'une donation à cause de mort, ne pourra y être mentionnée, avant la réalisation de la condition, soit avant d'être devenue une donation pure et simple.

En vertu de cette prohibition des inscriptions de droits conditionnels, *certaines* donations à cause de mort, ne pourront en effet jamais être inscrites: telles seront les donations à cause de mort faites en vue d'un danger particulier, d'une maladie, etc...³⁾

Mais le législateur a jugé opportun de restreindre la portée de ce principe, d'y permettre une exception. Il autorise l'inscription au registre foncier de la donation que fait une personne à une autre, sous condition que cette seconde per-

1) Ce changement, dans la matière de la vente conditionnelle d'immeubles est due à la conférence déjà citée de M. Oser qui (p. 594 n°55) démontra l'inutilité de cet art. 1261 dans notre code qui n'accorde pas, comme le fait le droit français, d'effet réel au contrat de vente.

2) Enneccerus loc. cit. II p. 155; V. Staudinger ad art. 925 al. 2.

3) 12 D de mortis causa don. 39, 6: cum quis imminente periculo commotus ita donat...

sonne lui survive, autrement dit, le législateur autorise l'inscription au registre foncier, de la clause de retour.

Quel est le sens et quelle est la portée de l'art. 273 i al. 2, c'est ce qu'il faut examiner à la lumière des principes relatifs aux droits réels.

Le contrat de donation d'un immeuble, que le code appelle promesse de donner, ne confère au donataire, comme nous l'avons dit maintes fois déjà, qu'un droit de créance, lui permettant d'exiger du donateur la transcription au registre foncier. Il est évident que les parties pourront donner à cette promesse, à ce contrat tous les caractères qui leur conviendront; qu'elles pourront, c'est le cas qui nous occupe, la grever d'une condition, du droit de retour. Comme la promesse de donner confère, de par son essence, un droit personnel au donataire, la stipulation du droit de retour confère à son tour au donateur un tel droit personnel. Mais jusqu'ici la donation, affectée du droit de retour, n'a conféré aux deux parties que des droits de créance: il n'y a eu faveur ni de l'une, ni de l'autre aucun droit réel. Or la donation d'immeuble a précisément pour but la constitution ou le transfert d'un droit réel; il s'en suit que la donation ne sera parfaite, qu'elle ne conferra au donataire un droit réel que par son inscription au registre foncier; c'est ce que l'article 273 d s'est cru obligé de dire expressément.

Mais qu'en sera-t-il du droit de retour? Celui-ci étant, en réalité, une condition affectant la donation, ne saurait, en vertu de la prohibition de l'inscription de droits conditionnels au registre foncier, prohibition que nous croyons avoir suffisamment établie, faire l'objet d'une inscription. Bien plus, il n'y aurait pas seulement l'inscription de la clause de retour, qui serait impossible, mais la donation comme telle ne pourrait être inscrite¹⁾ avant l'accomplissement de cette condition. L'inscription, comme simple donation, d'une donation conditionnelle, serait

1) Arg. art, 58 T. f. 271 c.

en opposition avec le principe de légalité (Legalitätsprincip).

Mais le législateur suisse n'a pas voulu traiter avec autant de rigueur la donation affectée de la clause de retour. Il a établi en sa faveur une exception au principe général, en édictant l'art. 273 i al. 2 qui permet l'inscription, au registre foncier, du droit de retour, qui permet, en d'autres termes. l'inscription au registre foncier d'une donation conditionnelle.

La portée du second alinéa de l'art. 273 i est donc plus grande qu'on ne se l'imagine tout d'abord, puisque, à son défaut, il eut été impossible d'établir, sur la base d'une promesse de donner affectée du droit de retour, aucun droit réel sur un immeuble.

L'inscription de la donation affectée du droit de retour aura donc un double effet: elle constituera au profit du donataire un droit réel sur l'immeuble en question; ce sera son but premier. Mais elle établira aussi en faveur du donateur un droit réel: il pourra faire valoir son droit de retour, non seulement contre le donataire ou ses héritiers, mais contre tout tiers qui aurait pu, depuis lors, acquérir la propriété ou tout autre droit réel sur cet immeuble.

CHAPITRE III.

La capacité des parties

§ 1. — La capacité du donateur.

Lorsqu'il s'agit d'examiner la capacité civile, que doit avoir la personne qui s'apprête à disposer d'un bien à cause de mort, on recourt aux règles édictées par le législateur au titre des

dispositions à cause de mort : toute personne capable de discernement âgée de 18 ans révolus, peut disposer de ses biens pour cause de mort ; cependant, pour conclure un pacte successoral, le disposant doit être majeur.¹⁾

Mais ces règles applicables aux dispositions pour cause de mort, applicables par conséquent aux promesses de donner faites sous la condition [suspensive du prédécès du donateur²⁾ qui sont soumises aux règles du pacte successoral, ne sauraient trouver leur application lorsqu'il s'agit d'une donation à cause de mort faite sous forme d'une donation affectée de la clause de retour. Le législateur a en effet négligé la nature de disposition à cause de mort de la donation affectée de la clause de retour, pour la soumettre entièrement aux règles propres à la donation entre vifs.³⁾ C'est donc ailleurs qu'il faudra rechercher les conditions de capacité nécessaires pour faire une donation, même affectée de la clause de retour, et c'est au titre de la donation, que nous trouverons les dispositions y relatives.

Pour disposer de ses biens par donation, il faut avoir l'exercice des droits civils.⁴⁾ Or pour avoir l'exercice des droits civils, à teneur de la législation suisse, il faut être majeur, capable de discernement, et ne pas être interdit.⁵⁾ La majorité a été fixée à vingt ans révolus.⁶⁾ Toutefois il peut être suppléé au défaut d'âge par le mariage qui rend majeur, ou par l'émancipation. Les conditions requises par la loi, pour être capable

1) C. c. art. 467 et 468.

2) C. c. art. 59 T. f. 273 g al. 2.

3) C. c. art. 59 T. f. 273 i al. 1. V. Schmid Diss. p. 61 ss.

4) C. c. art. 273 b al. 1.

5) C. c. 12 ss.

6) C. c. 14.

de disposer de ses biens par donation, sont donc plus sévères que celles nécessaires pour disposer de ses biens à cause de mort,¹⁾ en ce qui concerne l'âge exigée.

Mais d'un autre côté, ces exigences peuvent être fort atténuées en ce sens, que pour la donation, il peut être suppléé au défaut de capacité, par l'intervention des représentants légaux, intervention bannie, lorsqu'il s'agit d'une disposition pour cause de mort, l'art. 467 ayant une portée absolue.

Les biens d'un incapable pourront être donnés, sous réserve de la responsabilité de ses représentants légaux, et pourvu qu'il soit satisfait aux règles prescrites en matière de tutelle.²⁾

Quel est le champ d'application de cette disposition, c'est ce qu'il importe d'examiner succinctement.

Et tout d'abord, de quel genre d'incapacité peut-il être question? La loi ne distinguant pas, il faut en déduire qu'il peut être suppléé à toute incapacité, en excluant naturellement celui qui est incapable de discernement, et qui ne peut en aucun cas s'obliger par ses actes.³⁾ Au surplus, il n'y aura pas à faire de distinction entre le mineur sous tutelle, et l'interdit capable de discernement: les personnes appartenant à ces deux classes pourront faire des donations dans les limites de l'art. 273 b al. 2 (Tit. fin. 59).

Enfin, en ce qui concerne les personnes capables de disposer de leurs biens par donation, la loi a fait une situation particulière à certaines personnes majeures et capables de discernement: les personnes pourvues d'un conseil légal.⁴⁾ Ces personnes qui ne souffrent que d'une privation partielle de l'exercice des droits civils, ne peuvent faire des donations sans le concours du conseil légal, dont elles sont pourvues.⁵⁾

1) Pour disposer de ses biens par pacte successoral, cependant, la majorité est requise. V. C. c. art. 468. Il faudra donc être majeur pour faire une donation dont l'exécution est ajournée au décès du donateur.

2) C. c. art 59 T. f. 273 b al. 2.

3) C. c. art. 18; C. c. fr. art. 31 C. O.

4) C. c. art. 395 ss.

5) C. c. art. 395 chiffre 7.

Quels seront maintenant les biens d'un incapable qui pourront être donnés?

Le texte français du code civil favorise une certaine contradiction entre deux de ses articles: « les biens d'un incapable, dispose l'art. 59 T. f. 273 b al. 2, ne pourront être donnés que sous la responsabilité de ses représentants légaux, et en observant les règles prescrites en matière de tutelle. » Or en matière de tutelle, la première disposition relative à la donation est celle de l'art. 408 « ... aucune donation de quelque valeur ne peut être faite aux dépens du pupille. »

Comment la loi peut-elle au titre final parler de donner les biens d'un incapable alors qu'elle prohibe ces donations au titre de la tutelle? Donner *les biens* d'un incapable, est-ce faire seulement une donation de peu de valeur? Le texte allemand vient nous aider à enlever toute idée de contradiction en déclarant que non pas les biens, mais *un bien* (quelconque) appartenant à un incapable, peut faire l'objet d'une donation. Le sens du texte allemand serait mieux exprimé de cette façon.¹⁾

La disposition du titre final est donc subordonnée à l'art. 408 du titre de la tutelle: non seulement une donation de quelque importance ne peut être faite des biens du pupille, de l'incapable, mais même les donations tolérées par le législateur, les cadeaux d'usage, cadeaux de noces, cadeaux de fête,¹⁾ ne peuvent être faites que sous la responsabilité des représentants légaux.

Qu'en sera-t-il des biens des personnes pourvues d'un conseil légal? Ces biens tombent-ils pareillement sous le coup de l'art. 408? Non, car la loi prévoit, sans restriction aucune quant à leur valeur, la donation de ces biens. Les personnes en « semi-interdiction », pourront donc, moyennant le consentement de

1) Le texte allemand dispose: « Aus dem Vermögen eines Handlungs-unfähigen... »

2) V. Rossel, Man. D. c. p. 452.

leur conseil légal, disposer par donation, même d'une partie notable de leur patrimoine.¹⁾

Enfin dans un cas déterminé, l'incapacité, ou plutôt l'interdiction prononcée contre une personne peut avoir un effet rétroactif: l'autorité tutélaire peut demander l'annulation d'une donation, faite par une personne alors capable, mais dont l'interdiction a été prononcée ultérieurement pour cause de prodigalité, à condition encore que la procédure en interdiction ait été introduite moins d'un an après la donation incriminée.²⁾

Telle est la capacité requise par la loi dans la personne du donateur.³⁾

En ce qui concerne ce dernier il nous reste encore à nous demander si la clause de retour ajoutée à la donation, pourrait avoir un effet sur la capacité requise du donateur. Pourrait-on permettre à une personne, incapable de faire une donation pure et simple, de faire une donation affectée de la clause de retour, en alléguant peut-être, que la donation, n'étant que conditionnelle, ne constitue pas une aliénation telle que la prohibe la loi? Cet argument ne serait que spécieux, car si la donation conditionnelle n'est pas encore parfaite, le donataire *sous condition résolutoire* jouit en fait d'un droit de pleine propriété.

1) Cette disposition se justifie en ce sens que, comme l'exposait Rossel, Man. D. c. p. 436, cette semi-interdiction est destinée à être la tutelle des riches.

2) C. c. art. 59 T. f. 273 b al. 3.

3) Il n'y a plus lieu sous l'empire de la nouvelle loi de s'occuper de la femme mariée. Le code a suivi une direction diamétralement opposée aux législations romandes en cette matière. Tandis que le Code Napoléon frappait la femme mariée d'une incapacité totale (C. c. fr. 215, 217 ss.), le code civil suisse lui laisse toute sa capacité civile, sauf à respecter les prescriptions relatives aux régimes matrimoniaux, et sous réserve dans certains cas de l'approbation de l'autorité tutélaire V. art. 177 al. 2 et 3 et 181. La femme pourra donc disposer de ses biens par donation. La prohibition des donations entre époux n'existe plus même. C. c. 177 Comp. Rossel Man. C. 229 ss., 249 ss.

§ 2. — Capacité du donataire.

Si le législateur avait toutes les raisons de se montrer d'une sévérité rigoureuse, en ce qui concerne la personne du donateur, il avait les meilleures raisons du monde pour se montrer large, dans les conditions de capacité requises de la part du donataire. Tandis que par la donation, le donateur ne fait que s'appauvrir, le donataire de par l'essence même de la donation, s'enrichit toujours. D'où la différence si grande établie par la loi; tandis qu'elle exige du donateur la plénitude de la capacité, elle n'en exige qu'un minimum, de la part du donataire.

Il serait inutile de répéter ici ce que nous avons dit des personnes jouissant de l'exercice des droits civils, relativement à la personne du donateur. La donation affectée de la clause de retour étant un contrat entre-vifs, il faut en principe, même pour l'accepter être majeur, capable de discernement et non interdit.

Mais la question présentera beaucoup plus d'intérêt en ce qui concerne les incapables.

Il y a lieu de faire ici une distinction entre deux catégories d'incapables : les personnes qui ne jouissent pas de l'exercice des droits civils, parce que incapables de discernement, et les mineurs et interdits capables de discernement.

Les premiers étant absolument incapables de s'obliger par leurs actes, ne pourront pas plus, par eux-mêmes, accepter que donner, et leur acceptation ne saurait en aucune façon lier la personne, qui leur aurait offert une donation.

Toute autre par contre la situation des personnes de la seconde catégorie. Le code civil déclare dans un de ses premiers articles, que les mineurs, et les interdits capables de discernement, n'ont pas besoin du consentement — de leur représentant légal — pour acquérir à titre purement gratuit.¹⁾

1) C. c. art. 19 al. 2.

Or, l'un des premiers chefs d'acquisition à titre purement gratuit, qui se présente, est l'acceptation d'une donation. Un mineur ou un interdit capable de discernement, pourra donc accepter une donation — je ne parle pour le moment que des donations pures et simples — aux termes mêmes des principes généraux concernant la capacité civile. Le législateur a trouvé bon d'accentuer encore sa pensée, il y revient au titre final, autorisant expressément les incapables, dont il est question, à recevoir des donations.¹⁾ Toutefois, il juge nécessaire une protection spéciale de ces incapables, et déclare que les donations par eux acceptées, seront non avenues ou révoquées, si le représentant légal défend de les accepter, ou en ordonne la restitution.²⁾ Il ne faudrait pas voir dans cette restriction, une contradiction avec l'article 19 du code. Le titre final n'exige pas l'action du représentant légal, pour la formation de l'obligation : ainsi l'auteur de l'offre en sera tenu, de par la simple acceptation du mineur ou de l'interdit, sans qu'il puisse se prévaloir, pour la retirer, du fait que le représentant légal n'a pas opéré à l'acte. Un simple défaut de consentement, une position passive du représentant, ne saurait empêcher la donation de déployer ses effets : il faudrait pour cela une défense formelle ou un ordre de restituer opérant la révocation d'un contrat qui a été parfaitement valable.

Si aucune difficulté ne peut être soulevée en ce qui concerne les donations pures et simples, la question pourra se présenter différemment, lorsque la donation est conditionnelle, ou qu'elle est grevée d'une charge.

En son titre final, le code civil déclare : une personne privée de l'exercice de ses droits civils, peut accepter une donation et acquérir de ce chef si elle est capable de discernement. Or, la loi ne fait aucune distinction quant aux donations, qu'elles soient pures et simples, ou grevées de charges et con-

1) C. c. art. 59 T. f. 273 c al. 1.

2) C. c. art. 59 T. f. 273 c al. 2.

ditions ; et comme ces charges et conditions sont prévues par la loi, rien ne s'oppose à ce que les mineurs, et interdits capables de discernement, puissent accepter de telles donations.

Mais ce raisonnement se heurte fatalement à l'art. 19 du code qui déclare que les mineurs et interdits capables de discernement, peuvent sans le consentement de leur représentant légal acquérir à titre *purement* gratuit. Or, une donation affectée d'une charge n'est évidemment pas une donation, un mode d'acquérir *purement* gratuit. Le donataire prend à sa charge une obligation, le donateur peut exiger dans les termes du contrat l'exécution de la charge acceptée par le donataire¹⁾, il aura contre le donataire une action en restitution.²⁾ Tous ces caractères font de la donation affectée d'une charge un acte mitigé, un acte à titre gratuit, mélangé d'obligations, mais restant une donation, pour autant que les charges n'atteignent pas la valeur de la prestation du donateur^{3).}

De même pour le cas qui nous occupe : la donation affectée de la clause de retour, pour le cas du prédécès du donataire. Cette donation n'est pas un acte qui n'entraîne des obligations que de la part du donateur. Elle est subordonnée à une condition et vienne la condition résolutoire à se réaliser, soit le donataire à mourir avant le donateur, la donation est censée n'avoir jamais existé, le donataire ou plutôt les continuateurs de sa personne : ses héritiers, se verront obligés à restitution. Impossible donc de songer à traiter la donation affectée de la clause de retour, de donation purement gratuite.

Comment alors concilier ces deux articles : l'un prévoyant pour les incapables en question, la faculté d'accepter toute donation, et l'autre ne les autorisant à acquérir qu'à titre purement gratuit ?

L'article 19 du code civil reproduit exactement l'art. 30 du code des obligations de 1881. Or sous l'empire de ce code,

1) C. c. 273 h al. 1.

2) C. c. eod. 273 l al. 3.

3) Dernburg, Bürg. R. II 2 p. 160 ss. ; Crome II § 232.

un mineur ou un interdit n'aurait pu accepter valablement une donation grevée de charges, ou affectée de la clause de retour¹⁾. Il existe réellement entre ces deux textes une contradiction que l'on ne saurait nier ; mais cette contradiction n'existe que dans le texte français. En effet le texte allemand ne parle pas à l'art. 19 de «*rein unentgeltliche Vorteile*» mais seulement de «*Vorteile die unentgeltlich sind*». ²⁾ En présence de cette disposition, l'article du titre final se justifie pleinement : une donation, même affectée de charges et de conditions, reste un acte à titre gratuit (*unentgeltlich, Erwerbsgeschäft*), et peut à ce titre être acceptée par une personne ne jouissant pas de l'exercice des droits civils, mais capable de discernement.

Il résulte de ce qui précède, qu'une seule condition est nécessaire pour qu'une personne puisse de son propre chef accepter une donation, dans le cas particulier une donation affectée de la clause de retour, c'est qu'elle soit capable de discernement. ³⁾

1) C. O. art. 30 al. 2 : « ils (les mineurs et les majeurs privés de la capacité de contracter) n'ont pas besoin de ce consentement (de leur représentant légal), pour intervenir dans un contrat ayant uniquement pour but de leur conférer des droits ou de les libérer d'une obligation. V. Schneider et Fick p. 94 ; Rossel Man. C. O. p. 76.

2) Le texte italien respecte le texte allemand, de même la traduction officielle romanche (*vantaggi gratuiti, acquistàr gratuitamen*).

3) En vertu de ce qui précède, nous ne pouvons nous déclarer d'accord avec la théorie, qu'admettent Rossel et Mentha dans leur Manuel du droit civil suisse. Commentant l'art. 19 al. 2 (Man. I p. 82) du code ils s'en tiennent uniquement au texte français, et déclarent que le consentement du représentant légal n'est pas exigé pour acquérir à titre purement gratuit, pour accepter un don, une remise de dette, un legs dépourvu de toute clause onéreuse. Il ne faudrait toutefois pas aller trop loin dans l'argumentation tirée de l'art. 19. Il est vrai que sa teneur authentique, c'est celle du texte allemand, est beaucoup plus large que celle de l'art. 30 du C. O. ; mais les travaux préparatoires et notamment l'exposé des motifs (Motifs p. 57) et le rapport de M. Huber (Bull. stén. p. 452), montrent bien qu'en réalité, c'est l'ancien précepte qui est consacré dans une nouvelle teneur. Aussi, pour combattre la théorie précitée, n'est-ce pas sur l'art. 19 que nous nous basons, mais sur l'art. 59 T. f. 273 c., et que dans leur exposé Rossel et Mentha semblent avoir perdu de vue. V. Egger Kommentar ad art. 19 I p. 59.

Le législateur n'a cependant pas pour autant voulu se montrer imprudent, et le mineur ou l'interdit capable de discernement n'en sont pas plus exposés, car si ces actes devaient être dangereux pour eux, la loi leur accorde une protection spéciale : le représentant légal peut opposer son veto, et faire ainsi que la donation soit réputée non avenue, si le veto intervient avant passation de l'acte, ou révoquée, si le représentant ordonne la restitution des objets donnés.¹⁾

1) C. c. art. 59 T. f. 273 e al. 2. V. ci-dessus p. 75.

CHAPITRE IV.

Les effets de la donation affectée de la clause de retour

SECTION I.

Pendant que la condition est en suspens.

§ 1. — Les droits du donataire.

Nous avons vu dans les chapitres précédents, quelle était la donation à cause de mort qui reste soumise, d'après le nouvel état du droit suisse, aux règles de la donation. Nous avons vu à quelles conditions de forme une telle donation devait satisfaire. Il nous reste à voir maintenant quels sont les effets de la donation à cause de mort, faite sous forme d'une donation affectée de la clause de retour.

Les effets d'une telle donation seront bien différents, suivant la forme dont les parties se seront servies. Il y aura donc lieu d'étudier tour à tour les effets d'une donation faite sous forme d'une promesse de donner, d'une donation exécutée, mais

affectée de la condition suspensive du prédécès du donateur, et les effets enfin d'une donation exécutée mais affectée de la condition résolutoire du prédécès du donataire¹⁾.

a) La promesse de donner.

La donation à cause de mort peut être effectuée par la création d'une obligation dont le donateur se constitue débiteur, dans le but d'enrichir le donataire. Que ce soit la création même de cette obligation²⁾, qui constitue la donation, c'est ce qui a été prouvé plus haut.³⁾ Les effets de cette obligation seront ceux de toute autre obligation, avec les restrictions, cependant, que le législateur prévoit au titre de la donation.

Le donataire peut donc exiger du donateur l'exécution de l'obligation, et, à défaut de terme stipulé ou résultant de la nature de la prestation, il le peut immédiatement.⁴⁾ Nous avons dit assez souvent, au cours de cette étude, pour n'avoir pas à le répéter ici, que la mort du donateur ne peut être fixée comme terme à l'exécution, sans entraîner pour une telle promesse de donner, l'application des règles concernant les dispositions à cause de mort.

Mais il se peut aussi, que le donataire ne puisse obtenir l'exécution de la promesse de donner, ou ne l'obtienne qu'imparfaitement; l'obligation du donateur se transformera alors en une obligation en dommages et intérêts, à moins qu'il ne prouve

1) Ceci conformément à la distinction établie au début de cette étude, p. 22 ss.

2) « Das schenkweise erteilte Versprechen » B G B 518.

3) V. ci-dessus, p. 49 ss.

4) C. O. art. 86.

qu'il n'est pas en faute.¹⁾ Rendre le donateur responsable de toute faute, eut été méconnaître le caractère de la donation²⁾, aussi l'article 113 CO a-t-il déjà prévu une exception au principe général, exception que vient confirmer et accentuer l'art. 273 k du Code civil, en ne déclarant le donateur responsable envers le donataire, du dommage causé par la chose donnée, qu'en cas de dol ou de négligence grave. Le second alinéa ajoute : le donateur n'est tenu que de la garantie promise, pour la chose donnée ou la créance cédée. Entrer dans les détails de la responsabilité du donateur ne fait pas l'objet de cette étude, mais rentre dans l'étude des donations comme telles.³⁾

Ajoutons encore, que, en vertu de l'article 273 n, la promesse de donner est annulée lorsqu'un acte de défaut de biens est délivré contre le donateur ou lorsque ce dernier est déclaré en faillite.

Comme lorsqu'il s'agit de toute obligation, le créancier — le donataire — ne peut exiger l'exécution que de l'obligation qui a été contractée. Or, dans le cas de la promesse de donner devant constituer une donation à cause de mort, le donateur ne s'est engagé qu'à une prestation conditionnelle : il ne s'engage qu'à transférer des droits soumis à une condition suspensive ou résolutoire, celle de son prédécès ou du prédécès du donataire. Il est donc évident, que le donataire ne pourra exiger que cette prestation conditionnelle.

Mais une question peut s'élever. Comment déterminer en cas de dol ou de négligence grave de la part du donateur, les dommages et intérêts qui doivent remplacer l'exécution de l'obligation? Il est certain qu'une obligation conditionnelle, surtout lorsque la condition est de la nature de celle qui nous occupe, ne représente pas la valeur d'une obligation pure et simple. Y

1) C. O. art. 110.

2) V. Schmid, Diss. p. 104.

3) V. Schmid, Diss. p. 103 ss ; Crome II § 231.

aura-t-il donc lieu de procéder à une évaluation de la valeur de l'objet de l'obligation, évaluation qui aurait pour base les chances plus ou moins grandes de survie du donataire ? Malgré les aléas d'un tel calcul, il n'est pas possible, en présence de l'art. 172 du CO, d'arriver à une autre solution.

b) La donation manuelle affectée de condition suspensive.

La clause de retour est, dans ce cas, une condition suspensive à laquelle est soumise la perfection du contrat, soit par exemple le transfert de propriété, tandis que l'exécution même, soit le transfert de la possession, a eu lieu.¹⁾

Que la donation manuelle puisse être affectée, et dans quel sens, d'une condition suspensive, c'est ce que nous avons démontré.²⁾

Il nous reste à voir ici, quels sont les droits qu'une telle donation concède au donataire.

Nous avons admis aussi que la donation manuelle, affectée de la condition suspensive du prédécès du donateur, formait une donation avec clause de retour dans le sens de l'art. 273 i du code, et qu'elle pouvait donc être inscrite au registre foncier, ce qui constitue la donation manuelle même, lorsqu'il s'agit d'un immeuble.³⁾

Les droits qui appartiendront au donataire, seront sensiblement les mêmes que ceux de la personne qui est devenue ac-

1) Comp. Oser loc. cit. p. 472 la définition de la réserve de propriété.

2) V. ci-dessus p. 59.

3) V. ci-dessus p. 32 et p. 68. V. aussi Schmid, Diss. p. 57; Dernburg, Bürg. R. V § 85 n° 6.

quéreur d'une chose sous réserve de propriété.¹⁾ Ils découleront en première ligne de la volonté des parties. S'il s'agit du transfert d'une chose, le donataire aura sur cette chose un droit de propriété suspensif. Il pourra jouir de la chose, en percevra les fruits.²⁾ Il pourra également disposer de la chose dans la mesure dont il en est propriétaire : il ne pourra disposer que d'un droit affecté d'une condition suspensive.

Une question plus délicate serait celle de savoir si le donataire peut acquérir la possession de la chose sans tradition, le donateur la gardant à un titre spécial. La possession pouvant s'acquérir par constitut possessoire, (art. 924 Cc) rien n'autorise à le prohiber en matière de donation. Mais il n'est pas nécessaire d'insister pour faire ressortir combien dans ce cas une telle donation se rapprochera de l'hypothèse prévue par l'art. 273 g al. 2 ; que les règles relatives aux dispositions à cause de mort puissent être éludées par une telle disposition, n'est que trop évident, et le règlement de la succession d'un donateur ayant fait de semblables donations, donnera lieu, dans la plupart des cas, à d'interminables procès.

c) La donation manuelle affectée de la condition résolutoire.

Si la clause de retour peut affecter la donation manuelle sous la forme d'une condition suspensive, elle l'affectera le plus souvent sous forme d'une condition résolutoire.

1) V. Oser, op. cit. p. 472 ss.

2) Une disposition contraire de volonté des parties ne serait toutefois pas exclue. L'exposé des motifs prévoit spécialement ce cas, ad art. 516 avant-projet.

C'était déjà la forme dominante de la donation à cause de mort dans le droit romain,¹⁾ c'est la forme à laquelle s'est arrêté le droit civil français,²⁾ et c'est aussi le cas type qu'a voulu régler le législateur suisse en parlant du droit de retour.

Il est donc naturel que nous nous arrêtions plus longtemps à l'étude de cette forme de la donation à cause de mort.

Nous verrons plus particulièrement quels sont les effets d'une donation affectée de la clause de retour lorsqu'il s'agit du transfert de la propriété d'une chose corporelle, et verrons ensuite les règles applicables à un autre genre de donation manuelle : la remise de dettes.

1° La donation a pour objet le transfert de propriété d'une chose corporelle.

La donation a été exécutée. La chose donnée a passé dans le patrimoine du donataire selon les règles applicables à son espèce : il y a eu remise d'un meuble au donataire, ou bien inscription au registre foncier de la donation d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier. Le donateur a cependant ajouté à cette donation la clause de retour, en en faisant une condition résolutoire.

Quels vont être les effets d'une telle donation ?

Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi ; c'est ce que les anciens exprimaient, en disant que la propriété conférait le *jus utendi*, *fruendi* et *abutendi*.

Le donataire aura, tout d'abord, sur la chose donnée, le *jus utendi fruendi* ; il a comme propriétaire, et non seulement

1) V. ci-dessus p. 3 ss.

2) V. ci-dessus p. 9 ss ; auteurs cités p. 9 n. 1.

comme usufruitier, un droit de jouissance complet sur la chose donnée. Il en a le libre usage, il peut s'en servir lui-même, ou en conférer la jouissance à un tiers; si cette chose est fructifère, il deviendra propriétaire de ses fruits naturels; il en a l'administration, il pourra donc la remettre en bail, et en percevoir les fruits civils.¹⁾

Il importe cependant de déterminer ces droits de jouissance, d'une manière plus exacte; pour cela il est nécessaire de jeter un coup d'œil en avant, et de considérer ce qui se passera, si la condition vient à se réaliser, et qu'en conséquence, le donataire soit obligé de rendre la chose, en vertu de la clause de retour. L'usage que fera un bon père de famille de son droit de jouissance, sera tout autre selon qu'il devra ou non rendre compte des fruits perçus et de ses actes d'administration.

Supposons donc, que la condition résolutoire se soit accomplie, que le donateur survive au donataire. Les biens donnés feront retour²⁾ au donateur, mais qu'en sera-t-il des fruits?

Sous l'empire du Code civil français, la question aurait pu être discutée, si l'on avait voulu s'en tenir aux termes de la loi. D'après le droit français en effet, la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, opère la résolution de l'acte, elle remet les choses au même état que si l'obligation n'avait jamais existé.³⁾ La conséquence logique en eut été, que le donataire, qui voyait son droit s'évanouir, était censé n'avoir jamais été propriétaire, et qu'il eut dû restituer, avec la chose, les fruits perçus. La doctrine et la pratique sont unanimes à rejeter cette conclusion,

1) En ce qui concerne les termes fruits naturels et fruits civils V. Wieland, Sachenrecht p. 18ss. ad art. 643; D B G B art. 99.—V. Crome I p. 304 ss.

2) En quel sens et dès quel moment, c'est ce que nous verrons plus loin p. 102 ss.

3) C. c. fr. art. 1183.

et doivent avoir recours pour le faire à des théories fort ingénieuses.¹⁾

Le code allemand ne concède pas à la condition résolutoire, un effet aussi étendu que le Code civil français: les effets d'un droit affecté d'une condition résolutoire, cessent dès le moment où la condition se réalise.²⁾ Les fruits perçus restent donc la propriété du donataire, sauf convention contraire.⁸⁾

C'est la même solution qu'avait adopté déjà le code fédéral des obligations: l'obligation cesse de produire ses effets, à partir du moment où la condition résolutoire s'accomplit;⁴⁾ il n'y a pas en principe d'effet rétroactif. Le projet révisé pose ce principe pour l'acte juridique en général, soit donc aussi pour le contrat réel. Le donataire restera donc propriétaire des fruits qu'il aura perçus jusqu'au moment où son droit s'éteint, soit jusqu'à sa mort.

On ne saurait tirer un argument contraire, du second alinéa de l'art. 273 i (titre final), et dire qu'en matière de droit de retour, la loi admettant⁵⁾ un effet rétroactif au prédécès du donataire, en ce qui concerne les actes de disposition faits par ce dernier, il y a tout lieu de l'admettre aussi pour les actes de jouissance et d'administration. La réponse serait fort aisée: l'art. 174 du code fédéral des obligations pose un principe qui reste en force, même sous l'empire de la nouvelle loi; celle-ci y a dérogé en ce qui concerne les actes dispositifs du donataire, par une disposition spéciale; comment étendre cette dis-

1) Nombre d'auteurs se sont basés sur les règles concernant le possesseur de bonne foi (V. Duranton V III p. 555; Aubry et Rau VI p. 72.) Laurent combat cette argumentation, et se fonde sur l'intention présumée des parties et sur des motifs d'analogie XII p. 553 ss.

2) B G B art. 158 al. 2. V. Crome I p. 443 ss.

3) Cosak I. p. 195.

4) C. O. art. 174; Schneider et Fick p. 310; Rossel p. 226; Haerberstich I p. 163.

5) Comme on l'exposera plus loin p. 96 ss.

position aux actes de jouissance et d'administration sans tomber dans le pur arbitraire?

Une question ne saurait guère être scindée de celle de l'acquisition des fruits : celle des retenues que pourront faire les héritiers du donataire prédécédé pour les impenses faites par ce dernier.

Outre le créancier gagiste,¹⁾ deux personnes ont, d'après le code civil, le droit de se faire rembourser certaines impenses par le propriétaire : l'usufruitier et le possesseur ; mais leurs droits sont bien différents. Tandis que le possesseur de bonne foi²⁾ ne peut réclamer que le montant des impenses nécessaires et utiles, qui excèdent la valeur des fruits perçus,³⁾ l'usufruitier n'est tenu d'imputer sur les fruits que les dépenses courantes, les dépenses d'entretien. Les réparations plus considérables sont à la charge du propriétaire;⁴⁾ quant aux impenses qu'il a faites sans y être obligé, il peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer une indemnité ou les enlever.⁵⁾

A laquelle de ces deux catégories, rattacher le donataire obligé à restitution ? Les règles relatives au possesseur de bonne foi ne sauraient lui être appliquées : alors que celui-ci n'a sur la chose qu'un droit présumé, le donataire sous condition résolutoire était titulaire d'un droit de propriété. La situation faite à l'usufruitier par contre, se rapproche bien davantage de celle de notre donataire, du moins lorsqu'il s'est agi d'une donation d'immeuble. Le droit de retour rétroagit, en effet, pour autant qu'il s'agit d'aliénation des immeubles donnés, ou de constitu-

1) Il ne saurait être question ici des impenses, qui peuvent être réclamées en vertu du droit des obligations, telles que celles du gérant d'affaires, C. O. 469 ss., du fermier, 317 ss. etc...

2) Le possesseur de mauvaise foi n'a de créance en vertu de ses impenses, que si l'ayant droit eut dû les faire lui-même. C. c. art. 940.

3) C. c. art. 939 al. 3 V. Wieland, Sachenrecht, p. 522 numéro 8.

4) C. c. art. 765 al. 3 ; Wieland, op. cit. p. 240.

5) C. c. art. 753.

tion de droits réels sur les dits immeubles. Le donataire est donc privé rétroactivement du jus abutendi, il lui restait donc, jusqu'au moment où la condition s'est réalisée, le jus utendi fruendi, droit qui est aussi celui de l'usufruitier. Il ne faudrait cependant pas étendre plus loin l'analogie entre les droits de l'usufruitier et ceux du donataire: ces derniers étant ceux d'un propriétaire sont beaucoup plus étendus.¹⁾

Le droit du donataire, sous condition résolutoire, est non seulement celui d'un usufruitier, il est celui d'un plein propriétaire. Celui-ci peut disposer librement de sa chose, il peut donc l'aliéner, et tous les actes de disposition, qu'il aura pu faire, même sur des immeubles, seront définitifs, si la condition vient à défaillir.

Toutefois, pendant que la condition est en suspens, le donataire n'est pas le seul intéressé à la chose: si son droit est affecté d'une condition résolutoire, il doit nécessairement y avoir une personne à qui ce droit reviendra, si la condition vient à se réaliser: le prédécès du donataire est pour le droit de ce dernier une condition résolutoire; il agit par contre comme condition suspensive à l'acquisition des droits du donateur.²⁾ Or, tant que la condition n'est pas accomplie, le donataire doit s'abstenir de tout acte qui serait de nature à empêcher le dû accomplissement du droit de retour.³⁾

Quelle est la sanction de cette obligation? Sera-ce la nullité des actes contraires? Non, sauf en ce qui concerne le retour des immeubles, le donateur n'aura qu'une action en dommages intérêts contre le donataire, respectivement contre ses héritiers.⁴⁾

1) Toute analogie s'évanouit lorsqu'il n'y a eu donation que de biens meubles, car alors l'effet rétroactif du retour ne se produira pas.

2) V. Cosak Bürg. R. I. p. 194.

3) C. O. art. 172: tant que la condition n'est pas accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte de nature à empêcher que l'obligation ne soit dûment exécutée, al. 1.

4) C. O. art 110.

2°) La donation a pour objet une remise de dette.

Que la remise de dette faite *animo donandi* constitue une donation manuelle, c'est ce que nous avons eu déjà l'occasion d'exposer.¹⁾ Elle pourra donc être, elle aussi, affectée de la condition résolutoire du prédécès du donataire. Quels seront les droits qui résulteront pour le donataire d'une telle donation? Ceux qui résulteront pour lui d'une remise de dette pure et simple. Si la dette était productive d'intérêts, les intérêts cessent de courir dès le moment de la donation. Quant aux intérêts arriérés, leur sort dépendra de la volonté des parties: le donateur pourra les comprendre dans la donation, il pourra les en exclure. En cas de doute, il y aura lieu d'appliquer les règles générales, prescrites par le Code fédéral des obligations, et notamment l'art. 103: lorsque le créancier donne quittance pour le capital, il est présumé avoir perçu les intérêts.

Quant aux autres questions auxquelles pourra donner lieu la donation à cause de mort, dont l'objet est une remise de dette, nous aurons à les examiner suivant que la condition, à laquelle elle était soumise, s'est réalisée ou non.

§ 2. — Les droits du donateur.

La donation étant un contrat, qui a essentiellement pour objet de conférer au donataire des avantages gratuits, est le type du contrat unilatéral. C'est dire qu'elle ne saurait engendrer des obligations, et partant des droits, que d'un côté seulement. La donation affectée de la clause de retour, par contre, déroge à cette règle générale, en ce sens qu'elle engendre, du côté de celui, qui régulièrement ne fait que s'enrichir, une obligation conditionnelle: restituer ce qu'il a reçu, si la condition

1) Ci-dessus p. 49.

vient à se réaliser ou à faire défaut, suivant que cette condition est suspensive ou résolutoire.

La manière dont nous venons d'exprimer le caractère que, quant à ses effets, la clause de retour imprime à la donation, montre déjà que pour que des obligations naissent à la charge du donataire, soit des droits en faveur du donateur, il faut que la condition qui doit leur donner naissance se soit réalisée ou non.

Il est cependant deux classes de droit, qui appartiennent au donateur, avant même que la condition dont dépend la perfection de la donation à cause de mort se soit réalisée. La première se compose des droits qui lui appartiennent dans le but de garantir le retour des objets donnés, pour le cas où ce retour devrait se faire en sa faveur. Il ne peut s'agir dans cette première hypothèse que de la donation exécutée. Une seconde catégorie de droits lui permettra ou bien d'actionner le donataire en restitution jusqu'à concurrence de son enrichissement actuel, dans les cas de donation manuelle ou de promesse de donner exécutée, ou bien de refuser l'exécution d'une promesse de donner.

En vertu des premiers, le donateur peut, si son droit de retour conventionnel est mis en péril, prendre les mêmes mesures conservatoires. que si son droit était pur et simple.¹⁾ Quelles seront ces mesures conservatoires? Celles prévues par la loi fédérale sur les poursuites et les faillites: faire valoir son droit de retour dans la faillite du donataire, requérir un séquestre ou une mesure provisoire.²⁾

Quant aux seconds, ils forment le droit de révoquer, du donateur.

La révocabilité des donations a fait l'objet d'un chapitre précédent.³⁾ Nous ne nous sommes alors occupés que de la ré-

1) C. O. art 172 al. 2; V. Crome, I p. 442.

2) V. Hafner, ad. art. 172 n° 4; Rossel, Man. C. O. p. 225; V. aussi Cosak, p. 192.

3) V. ci-dessus p. 41 ss.

vocabilité de la donation au libre gré du donateur, et nous avons démontré que cette faculté de libre révocation n'était plus compatible avec la réglementation actuelle des donations à cause de mort.

Nous avons à mentionner ici une autre espèce de révocation : celle que le code a expressément prévue. Ces hypothèses étant communes à toute donation, et ne présentant pas d'intérêt particulier en ce qui concerne la donation à cause de mort, nous ne nous y arrêterons qu'un instant.

Il faut, pour que le donateur puisse révoquer une donation, des motifs légitimes : le code mentionne ces motifs dans les art. 273 l à 273 n, suivant qu'il s'agit d'une promesse de donner ou d'une donation manuelle.¹⁾

Dans l'un et l'autre cas, ces causes de révocation sont inhérentes ou à la personne du donataire ou à celle du donateur. La cause est inhérente à la personne du donataire : c'est qu'il a commis une faute ; il a commis un délit grave contre le donateur ou l'un de ses proches, il a manqué aux devoirs qu'il avait envers eux, il n'exécute pas sans cause légitime, les charges de la donation. La cause est inhérente à la personne du donateur, elle n'ouvrira pas une action en restitution mais dispensera de l'exécution de la promesse de donner : sa situation financière s'est gravement modifiée, il a dû assumer des devoirs de famille qui n'existaient pas auparavant.²⁾

Les effets de ce droit de révocation se manifesteront différemment, selon qu'il s'agira d'une donation manuelle ou d'une simple promesse de donner. Dans le premier cas, qui suppose en outre toujours une faute de la part du donataire, le donateur peut actionner ce dernier en restitution, jusqu'à concurrence de son enrichissement actuel. Dans le second cas, qui

1) Il n'y a pas lieu de faire de distinction suivant que la donation manuelle ait été ou non précédée d'une promesse de donner.

2) C'est la survenance d'enfants du code Napoléon art. 960 ; Comp. c. c. trib. 1396.

peut résulter soit d'une faute du donataire, soit d'une grave modification dans la situation du donateur, celui-ci peut refuser l'exécution de la promesse de donner.¹⁾

Enfin, la promesse de donner sera annulée, dans l'intérêt des créanciers du donateur, lorsque celui-ci aura été déclaré en faillite, ou qu'un acte de défaut de biens aura été délivré contre lui.²⁾

1) C. c. 273 l et m.

2) C. c. 273 n.

SECTION II.

La condition s'est réalisée ou a défailli.

§ 1. — Le donateur meurt avant le donataire.

a) Les droits du donataire.

L'objet de la donation à cause de mort, le but que veut atteindre le donateur, est d'enrichir le donataire, mais seulement le donataire; que si celui-ci vient à mourir avant le donateur, les objets donnés doivent passer, non à ses héritiers, mais doivent rentrer dans le patrimoine du donateur, s'ils en sont sortis, et n'en pas sortir, s'ils s'y trouvent encore.

Il y a donc lieu de distinguer, comme nous l'avons fait lorsqu'il s'est agi de déterminer les droits de chaque partie pendant le suspens de la condition, entre la tournure que prendra une promesse de donner, non encore exécutée, au moment du décès du donateur, et les modifications qu'éprouvera dans ce même cas une donation manuelle, que la clause de retour l'ait affectée comme condition suspensive ou résolutoire.

1° La promesse de donner.

Il ne peut naturellement pas être question ici d'une promesse de donner, dont les parties aient convenu de retarder l'exécution, jusqu'au décès du donateur. Mais il pourrait arri-

ver que le donateur ait fait une promesse de donner, dans le sens de celle que nous avons exposée au chapitre II de cette étude,¹⁾ et que la mort vienne le frapper, avant qu'il ait pu lui-même exécuter sa promesse.

Pour autant que la promesse de donner n'a pas été exécutée, nous savons que le donataire n'a encore qu'un droit de créance contre le donateur : la promesse de donner ne fait naître qu'une obligation.

Quel sera, à la mort du donateur, le sort d'une telle obligation ?

L'obligation, étant un élément du patrimoine du donateur, fera, à son décès, partie de sa succession. Dès que celle-ci sera ouverte, et elle le sera par sa mort,²⁾ les créances et actions du défunt, ses droits réels, passeront à ses héritiers, ceux-ci en seront saisis ; mais ils sont tenus aussi de ses dettes, et ils le sont personnellement. Les héritiers du donateur seront donc tenus personnellement de l'exécution de la promesse de donner.

Mais, par la mort du donateur, l'avantage, que le donateur s'était obligé à concéder au donataire, a subi une modification profonde : la mort du donateur a fait du droit conditionnel, qui formait l'objet de la promesse de donner, un droit pur et simple ; c'est ce droit que devront constituer les héritiers du donateur, et en cas de refus de leur part, le donataire aura pour les y contraindre une action en exécution de l'obligation ou en dommages intérêts, conformément aux principes généraux du droit des obligations et du droit des successions.

2° La donation manuelle.

La mort du donateur rend définitive la donation à cause de mort qui avait été exécutée.

1) V. ci-dessus p. 51.

2) C. c. art. 537 1. al.

Si elle affectait la donation comme condition suspensive, elle constitue précisément la réalisation de cette condition : la propriété des biens, objets de la donation, que s'était réservée le donateur, est transférée de plein droit au donataire.¹⁾

Si, par contre, elle affectait la donation comme condition résolutoire, le donataire est entré immédiatement en possession des objets donnés : il en est devenu le plein propriétaire ; si la donation a eu pour objet une remise de dette, il a été libéré de sa dette dès le moment du contrat ou dès le moment fixé par le contrat. La donation a eu tous les effets, que pouvait déployer une donation pure et simple. Et cependant, elle n'était pas encore définitive ; c'est que, jusqu'au moment de la mort du donateur, l'épée de Damoclès était suspendue sur la tête du donataire : s'il venait à mourir avant le donateur, tous ses droits s'évanouissaient. La mort du donateur est venue remédier pour le donataire à cet état de chose, et dès lors, son droit devient définitif.

Le donataire ne pourra donc plus jamais être appelé à rendre compte de sa gestion, ses actes d'aliénation deviendront définitifs ; le droit de retour, concernant les immeubles donnés, annoté au registre foncier, sera devenue sans objet et le donataire sera fondé à en demander la radiation.²⁾

Certaines circonstances peuvent toutefois exercer une influence sur la donation, même une fois le donateur prédécédé : celui-ci avait peut-être pu ne pas se prévaloir encore d'une cause de révocation,³⁾ la donation est peut être sujette à réduction.⁴⁾ Il faut donc encore examiner quels peuvent être les droits des héritiers du donateur.

1) V. Schmid, Diss. p. 57.

2) C. c. art. 976.

3) C. c. art 59 T. f. 273 o.

4) C. c. art. 527 al. 3.

b) Les droits des héritiers du donateur.

La donation à cause de mort étant devenue définitive par le prédécès du donateur, les héritiers de celui-ci ne sauraient avoir des droits bien étendus. Le législateur leur en concède cependant : quelques-uns à titre de continuateurs immédiats de la personne du défunt, d'autres, par contre, qui n'auraient jamais appartenu au donateur, et par conséquent propres à ses héritiers.

Parmi les premiers, un droit propre à la donation, c'est celui qui appartient aux héritiers d'intenter l'action en révocation. Dès l'instant où le donateur a eu connaissance d'une cause de révocation, il a une année pour exercer son droit ; vient-il à mourir avant l'expiration de ce délai, son droit passe alors à ses héritiers.¹⁾

Le législateur accorde aux héritiers une autre cause de révocation ; ils peuvent révoquer la donation lorsque le donataire, à dessein et sans droit, a causé la mort du donateur ou l'a empêché d'exercer son droit de révocation.²⁾ S'il était nécessaire que la loi énonce particulièrement cette cause de révocation, en ce qui concerne la donation pure et simple, elle aurait pu s'en passer, en ce qui concerne la donation à cause de mort. La clause de retour étant une condition, il est un principe général en droit, et le code fédéral des obligations le répète, c'est que, lorsque l'une des parties a, de mauvaise foi, empêché la condition de se réaliser, elle est réputée accomplie.³⁾

Mais, suivant que, l'on applique à la donation à cause de mort la règle de droit édictée pour les donations en général, ou

1) C. c. art. 59 T. f. 273 o al. 1 et 2; V. Crome I § 233; Dernburg Bürg. R. II 2 p. 155 ss.

2) C. c. eod, 273 o al. 3.

3) C. c. art. 176; D B G B art. 162 al. 1.

qu'on fera application du principe général du code des obligations, concernant l'accomplissement présumé de la condition, on arrivera à un résultat bien différent. L'action en révocation de la donation ne permet d'actionner le donataire qu'en restitution de l'enrichissement actuel, la condition résolutoire accomplie opère le retour des objets donnés ; une cause de révocation ne donne droit qu'à une action, l'accomplissement de la condition peut opérer de plein droit.¹⁾

Duquel de ces deux textes devons-nous, dans le cas particulier, faire application ? Nous nous trouvons ici évidemment en présence d'une règle générale et d'une règle spéciale. Mais est-ce la règle qui régit toutes les obligations, tous les rapports de droit conditionnels qui est la règle générale, et la règle spécialement établie pour les donations y déroge-t-elle ? On serait tenté de le croire au premier abord ; mais c'est à la solution contraire que nous nous arrêterons. La règle de l'art. 273 o est une règle générale, s'appliquant à la donation en général. La donation à cause de mort, soit celle affectée de la clause de retour, est une sorte de donation particulière, ayant ses règles spéciales. Or une telle règle est évidemment celle relative à l'accomplissement de la condition. La condition étant réputée accomplie aux termes de la loi, par le fait que le donataire aura volontairement causé la mort du donateur, les héritiers du donateur auront non seulement le droit de révoquer la donation, et d'actionner le donataire coupable, en restitution de l'enrichissement actuel, mais en vertu de l'adage : *lex singularis derogat generali*, ils pourront exercer le droit de retour, qui eut incombé au donateur.

Il va sans dire que cette conclusion ne peut s'appliquer qu'au cas où le donataire aurait causé la mort du donateur, empêchant ainsi toute possibilité de voir la condition se réaliser ; on ne pourrait l'appliquer au cas traité dans le même contexte, celui où le donataire a seulement empêché le donateur d'exer-

1) Nous avons dû supposer établies des conclusions que nous ne traiterons que dans le § suivant, p. 100.

cer son droit de révocation ;¹⁾ les héritiers n'auront dans ce cas, que l'action en révocation, tendant à la restitution de l'enrichissement actuel.²⁾

Mais les héritiers du donateur pourront éventuellement faire valoir un autre droit encore que la révocation : ils pourront agir en réduction de la donation.³⁾ Ici encore, ne faisant pas un traité complet de la donation, mais nous bornant à l'exposé des donations à cause de mort, nous ne ferons que passer, la réductibilité des donations ayant été affectées de la clause de retour, ne présentant pas de particularités.

En ce qui concerne la réduction des donations entre-vifs, lésant la quotité disponible, le code civil suisse n'a pas suivi le système français qui place sous ce rapport les dispositions entre-vifs et à cause de mort à peu près sur le même pied,⁴⁾ ni même été aussi loin que le code civil allemand.⁵⁾ Les héritiers du donateur pourront demander la réduction de toute donation, ayant été faite dans les cinq dernières années de la vie du donateur,⁶⁾ et en général de toutes les aliénations faites par le défunt, dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve.⁷⁾

L'interprétation de l'alinéa 3 de l'art. 527 serait plus délicate. Cet article déclare réductibles les donations que le disposant pouvait librement révoquer. Comment entendre cette expression

1) C. c. 59 T. f. 273 o al. finale.

2) C. c. eod. 273 l.

3) C. c. art. 527 al. 3 et 4.

4) C. v. fr. art. 901 ss., 913 ss.

5) D B G B art. 2325 ss.; V. en ce qui concerne cette matière Dernburg, Bürg. R. V. 331 ss.

6) C. c. art. 327 al. 3 al. fine. Le D B G B exige la réduction des donations faites dans les dix dernières années de la vie du donateur art. 2325.

7) C. c. art. 527 al. 4.

« librement » ? Quand le donateur est-il libre de révoquer une donation ?

Deux solutions peuvent être données.

D'après l'une, deux conditions seraient nécessaires : que le donateur se trouve dans l'un des cas prévus par la loi, qu'il n'ait pas renoncé de son vivant à se prévaloir d'une cause de révocation, après en avoir eu connaissance. Or, cette renonciation peut n'être pas explicite : elle résulte du fait que le donateur a laissé s'écouler, sans intenter d'action, le délai d'un an, que la loi lui accordait pour le faire, dès le moment où il avait eu connaissance de la cause de révocation. On ne saurait interpréter autrement le délai d'un an prévu par la loi. Ce délai écoulé, le donateur ne peut plus *librement* révoquer la donation, il ne le peut plus du tout. S'il est mort avant que l'année se soit écoulée, son action passe à ses héritiers, pour le temps qui reste à courir ; ceux-ci pourront donc agir en révocation de la donation, et ils préféreront généralement le faire plutôt que d'actionner seulement en réduction. Il est même impossible de trouver un cas pratique dans lequel les héritiers aient avantage à actionner en réduction plutôt qu'en révocation, lorsque les deux voies leur sont ouvertes.

Une deuxième solution, qui elle aussi ne paraît pas donner beaucoup de satisfaction, est que certaines donations peuvent en effet être révoquées librement par le donateur : mais alors, il ne s'agit plus de donations proprement dites, mais d'un état de choses difficile à caractériser, une disposition à cause de mort affectant la forme d'une donation sans cependant former un contrat.¹⁾

1) C'est cette seconde théorie qu'adopte Schmid (Diss. p. 141). Celui-ci ne voit dans la question aucune difficulté. Nous nous permettons sur ce dernier point de ne pas être de son avis, l'interprétation à donner à l'art. 527 al. 3 nous paraissant encore fort douteuse !

§ 2 — Le donataire meurt avant le donateur.

L'essence de la donation à cause de mort est d'être une donation soumise à une condition, celle du prédécès du donateur, et de ne devenir définitive que si cette condition s'accomplit, c'est-à-dire si le donateur meurt avant le donataire.

Nous n'avons traité au cours de cette étude que de l'une des phases de la donation à cause de mort : celle qui est exécutée du vivant du donateur, l'autre étant soumise aux règles concernant les dispositions pour cause de mort.

Nous avons vu que le prédécès du donateur faisait de cette donation conditionnelle une donation définitive, il nous reste à voir comment se transformeront les choses, si le donataire vient à mourir avant le donateur.

a) La promesse de donner.

Si la donation n'a consisté d'abord que dans une promesse de donner, dans la création d'un rapport d'obligation entre donateur et donataire, promesse de donner qui n'a pas encore été exécutée au moment du décès du donataire, la solution de cette question ne saurait présenter de grandes difficultés.

Le donateur s'était obligé, par la promesse de donner, à une prestation en faveur du donataire, prestation qui ne devait être, jusqu'à sa mort, que conditionnelle. La mort du donataire est précisément venue empêcher à tout jamais la réalisation de cette condition. Quel serait dès lors l'objet de l'obligation qui a été assumée ? Une prestation conditionnelle, dont la condition a été tranchée, de telle façon, qu'elle ne puisse jamais se réaliser. Cette prestation serait donc impossible. Or, l'article 17 du code fédéral des obligations déclarant qu'un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, il s'en suit que l'obligation assumée ne pourra, pour l'avenir, déployer aucun effet.

Cela ne veut pas dire, que la promesse de donner n'ait pu déployer des effets, que les successeurs de la personne du donataire auront le droit de faire valoir. L'objet de la promesse de donner n'est, en effet, devenu impossible, qu'après la conclusion de l'obligation, et jusqu'alors, la promesse de donner a pu donner naissance à des obligations dont le donateur sera tenu envers les héritiers du donataire défunt. C'est ainsi que le donateur devra leur remettre les fruits de la chose dès le moment de la promesse de donner, s'il s'était engagé à les remettre au donataire, le donataire ayant eu sur ces fruits un droit échu. C'est ainsi qu'il pourra être tenu des dommages qu'il aurait fait subir au donataire par sa demeure, sa négligence ou sa faute grave,¹⁾ si, bien entendu, le donateur n'avait pas, par suite de prescription ou autre cause, perdu son droit soit à ces fruits, soit à ces dommages-intérêts.

b) La donation manuelle affectée de condition suspensive.

La question de la résolution de la donation se pose autrement, si la promesse de donner a été exécutée immédiatement par le transfert de la chose avec condition suspensive, ou si le transfert n'a pas été précédé d'une promesse formelle de donation.

Si dans le cas de la simple promesse de donner, la mort du donataire a causé l'extinction de l'obligation, et partant toute action en résultant,²⁾ la mort du donataire donne précisément, dans le cas présent, un droit au donateur : la condition suspensive dont dépendait l'acquisition définitive, par le donataire, de

1) C. c. art. 273 k.

2) Sauf les actions en vertu des droits définitivement acquis.

l'objet donné, ne pouvant plus jamais se réaliser, cet objet se trouve désormais sans cause dans les mains du donataire ou plutôt dans celles de ses héritiers, et puisque le donateur en est resté propriétaire, il peut les revendiquer.

Le donataire a-t-il aliéné les objets donnés, il n'a pu faire une aliénation définitive, n'étant pas encore lui-même propriétaire de ces objets. Le donateur pourra donc les revendiquer également contre les tiers acquéreurs. Il y aura lieu de distinguer cependant entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi.

La donation à cause de mort se présentant le plus souvent comme donation affectée de condition résolutoire, nous ne nous arrêterons pas plus longtemps à l'étude de la condition suspensive pour entrer immédiatement dans celle de la donation affectée de la condition résolutoire, qui forme plus spécialement la clause de retour.

c) La donation manuelle affectée de la condition résolutoire.

1. Les effets de la condition résolutoire de prédécès en général.

Un acte juridique, dans le cas particulier une donation manuelle, cesse de produire ses effets, dès que la condition résolutoire à laquelle il était subordonné, vient à se réaliser.¹⁾

Cette condition résolutoire, dont devait dépendre le sort de la donation, pouvait, chez les Romains, être de nature fort diverse, suivant que la donation était faite en vue d'un danger imminent ou non.²⁾ En droit moderne, et notamment aux termes de l'art. 59 T. f. 273 g. rien ne s'oppose à ce que le donateur mette à la donation telle condition résolutoire, qu'il ju-

1) Dernburg, Bürg R. I p. 504.

2) V. ci-dessus p. 2.

gera à propos, pourvu, bien entendu, que le donataire accepte cette donation conditionnelle. Une donation, grevée de la condition résolutoire que, si le donateur survit à tel danger, à telle maladie, la donation sera révoquée, est valable. Mais ce n'est pas là l'hypothèse du droit de retour, dont parle le code civil suisse. Il faudrait donc refuser à une telle condition résolutoire, en vertu du principe général, l'inscription au registre foncier, et les avantages qui s'y rattachent, le bénéfice de l'art. 273 i al. 2, dérogeant au droit commun, ne saurait lui être étendu.

Sous le vocable de « retour », la loi ne comprend qu'une condition résolutoire bien déterminée: le prédécès du donataire, et les effets de ce droit de retour ne se feront sentir, que si cette condition se réalise: si le donataire vient à mourir avant le donateur.

Nous sommes amenés ainsi à l'étude d'une question qui de tous temps a passionné les jurisconsultes: celle des effets de la condition résolutoire.

Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude de faire un exposé plus ou moins complet de la condition résolutoire et des théories auxquelles elle a donné naissance; nous ne nous poserons pas la question de savoir si l'on peut à bon droit parler d'une condition résolutoire, ou si en réalité il n'existe qu'une condition, la condition suspensive.¹⁾

Ce qui nous intéresse ici directement, c'est la question de savoir si la condition résolutoire venant à se réaliser, peut opérer de plein droit, mettre ipso jure fin à l'acte juridique, dans notre hypothèse, opérer le retour des objets donnés, ou si elle ne peut conférer qu'un droit de créance; la condition résolutoire a-t-elle un effet réel ou seulement obligatoire (dingliche

1) V. ces théories dans Windscheid I p. 471; Dernburg, Pand. I p. 261 ss.; Crome I p. 445; Dernburg, Bürg. R. I. p. 503 ss.; Regelsberger I p. 561 ss. et 571 ss.: dans un acte juridique sous condition résolutoire, il y a deux déclarations de volonté: une convention pure et simple et une résiliation sous condition suspensive.

ou obligatorische Wirkung)? La question a donné lieu à maintes discussions, elle a fait époque en jurisprudence.¹⁾ La théorie qui défend l'effet, purement obligatoire de la condition résolutoire, a voulu se baser sur le fait que pour le transfert de la propriété, le seul contrat ne suffit pas qu'il faut aussi la tradition. A quoi la théorie adverse répond que la condition résolutoire s'étant réalisée, a remis les choses à l'état où elles se trouvaient avant la passation du contrat et que la propriété du premier titulaire ne saurait être considérée comme une succession dans les droits du second.²⁾

Aujourd'hui, la doctrine est presque unanime à admettre que la condition résolutoire peut agir de plein droit. Mais il y a cependant des cas, où admettre cet effet, serait aller trop loin. Une distinction s'impose: la condition résolutoire aura un effet obligatoire, si c'est cet effet seulement qu'ont voulu les parties, si elle doit avoir pour conséquence de permettre à l'une des parties, si elle se réalise, de se retirer du contrat: tel est le cas dans l'hypothèse de la vente à l'essai,³⁾ de la *lex commisseria* qui permet à l'une des parties de se retirer du contrat, si le co-contractant ne s'exécute pas ou est en demeure.⁴⁾ Elle aura par contre un effet réel, c'est-à-dire que, par sa seule réalisation, les choses seront remises dans l'état existant avant que le contrat ait été passé,⁵⁾ si c'est cet effet qu'ont voulu les parties.

1) V. les auteurs précités qui tous admettent la force réelle de la condition résolutoire; la théorie adverse est représentée par Riesser, Cylharz, Schulin, Adikes et autres.

2) V. Windscheid I p. 471 n. 1.

3) C. O. art. 269.

4) C. O. art. 122 ss. Windscheid II § 323.

5) Regelsberger, Pand. I p. 571; Windscheid-Kipp I p. 472; v. p. 103 ci-dessus n. 1; c'est aussi la théorie que défend Hafner O. R. ad art. 174 C. O. n. 3.

Le législateur français ne laisse subsister aucun doute à cet égard; il admet le retour de plein droit, l'effet réel de la condition résolutoire: « l'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toute charge et hypothèque.¹⁾ » On ne saurait être plus explicite. Le donateur recouvre donc, ipso jure, son droit de propriété sur les objets donnés, selon la règle: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus accipientis*, en quelques mains qu'ils se trouvent. Une exception s'impose toutefois en ce qui concerne les objets mobiliers, car la revendication des objets mobiliers n'est pas admise contre le possesseur de bonne foi.²⁾

Le code civil allemand ne parle en aucune façon d'un droit de retour. Le donateur entend-il faire une donation à cause de mort, en transférant immédiatement un droit quelconque au donataire, il faudra faire application des règles relatives aux donations entre-vifs.³⁾ Mais nous ne trouvons, dans le titre des donations, aucune mention du droit de retour, tel que le connaît le code civil français. La donation à cause de mort sera donc soumise, en ce qui concerne sa résolution pour le cas où la condition résolutoire viendrait à se réaliser aux règles générales en matière de condition. Ce sera donc avant tout la volonté des parties qui déterminera l'effet que doit avoir la condition résolutoire. Mais une restriction s'impose: la donation conditionnelle d'immeubles ne pouvant être inscrite au registre foncier,⁴⁾ il ne saurait y avoir un effet réel, puisque c'est précisément de cette inscription que doit dépendre la constitution d'un droit réel sur un immeuble.⁵⁾

1) C. c. fr. 952. V. Laurent XII p. 551.

2) C. c. fr. Laurent XII p. 552.

3) D B G C art. 2301 al. 2.

4) D B G B art. 925.

5) D B G B art. 873.

Le législateur suisse en face de ces deux alternatives: l'effet toujours réel du droit de retour, dans le système français, la faculté pour les parties de déterminer les effets de la condition résolutoire, à l'exclusion de l'effet réel (*dingliche Wirkung*) de cette condition en ce qui concerne les immeubles, consacré par le code allemand, a adopté en principe ce dernier, mais en l'étendant également aux immeubles.

Sous l'empire du code civil suisse, les parties peuvent donc librement déterminer l'effet que doit avoir la réalisation de la condition résolutoire. Elles pourront convenir que la mort du donataire ne conférera au donateur qu'une action contre les héritiers du donataire, en vue de se faire restituer les objets donnés; elles peuvent convenir par contre, que le prédécès du donataire opérera ipso jure, que dès le moment où la condition s'est réalisée, la propriété des objets donnés sera acquise de plein droit au donateur.

Que les parties puissent ne concéder à l'arrivée de la condition résolutoire qu'un effet personnel, c'est ce qui ne saurait guère soulever une objection, le Code civil suisse ne contenant aucune disposition analogue à celle de l'article 952 du Code français.

Peut-être contestera-t-on, par contre, que les parties puissent accorder à la réalisation de la condition résolutoire un effet réel, objectant que pour le retour de la propriété au donateur, la mise en possession est nécessaire, tout comme elle l'était, pour le transfert des objets donnés, au donataire.¹⁾ Une telle objection ne pourrait se soutenir qu'au mépris des dispositions du Code civil qui autorisent le constitut possessoire et notamment des articles 717 et 924, ceci en ce qui concerne la

1) Cette objection a été formulée, en ce qui concerne le *pactum reservati dominii* par Béguelin: A propos de la construction juridique du *pactum reservati dominii*. Rev. jud. 1898 p. 44 ss; de même par Martin, *Pactum reservati dominii* et *Hypothèque mobilière* Genève 1903 p. 28 ss. Oser a fait justice de cette objection par les arguments que nous reproduisons ci-après en ce qui concerne la clause de retour, op. cit. p. 473.

donation de biens meubles. Quant aux immeubles, la possibilité d'établir la force réelle de la condition résolutoire résulte clairement de l'art. 273 i, al. 2°. Celui-ci n'a pas seulement pour objet de permettre la constitution d'une donation manuelle d'immeubles, affectée de la clause de retour, mais il établit précisément la force réelle de cette clause de retour, soit de la condition résolutoire.

Que tel est bien l'esprit de la loi dans l'article 273 i, c'est ce qui résulte déjà de sa seule interprétation littérale. L'art. 273 i al. 1°, du code civil suisse, est en effet plus explicite encore que l'art. 951 correspondant du code civil français. Tandis que celui-ci parle d'un droit de retour, que peut stipuler le donateur à son profit, expression qui, prise en elle-même, aurait permis une interprétation tendant à admettre un simple droit de créance, le législateur suisse a délaissé le terme « droit de retour », pour le remplacer par le seul mot « retour » (Rückfall et non Rückfallsrecht). Cette innovation a-t-elle été l'effet du hasard, a-t-elle été préférée simplement à cause de sa concision ? Admettre pareille théorie, serait négliger les règles les plus élémentaires de l'interprétation grammaticale. Si le législateur suisse, qui avait sous les yeux la disposition du code français, a préféré le simple terme de retour, c'est qu'il correspondait mieux à ses intentions. Il est évident, que stipuler d'ores et déjà *le retour* de certains objets, pour tel cas déterminé, veut dire beaucoup plus que stipuler *un droit au retour* de ces objets.

Mais en ce qui concerne le principe général, que le droit réel peut être exercé en face de n'importe qui, la loi l'a soumis à certaines exceptions en faveur d'une classe de détenteurs particulièrement dignes d'intérêt: le possesseur de bonne foi. Les conditions requises pour qu'il y ait bonne foi, variant suivant que le bien possédé est un meuble ou un immeuble, nous sommes amenés à traiter séparément de ces deux espèces de biens.

2. Les effets de la condition résolutoire de prédécès quant aux tiers acquéreurs

1° Les objets donnés sont des immeubles.

L'une des caractéristiques du second alinéa de l'art. 273 i du titre final, c'est d'être à plusieurs points de vue une dérogation au droit commun, tel qu'il ressort soit du code civil dans son ensemble, soit du code fédéral des obligations.

Nous avons exposé in extenso au cours de cette étude,¹⁾ que cet article dérogeait au principe prohibant l'inscription de droits conditionnels au registre foncier, puisqu'il permet l'inscription d'une donation conditionnelle.

Il déroge de plus à l'art. 174 du C O, puisqu'il prévoit, au moins indirectement, certains effets rétroactifs de la condition résolutoire, alors que généralement la condition résolutoire ne produit pas de tels effets.

Mais là se borne son caractère dérogatoire, il ne faudrait pas l'étendre plus loin, et prétendre qu'il déroge encore aux règles relatives au possesseur de bonne foi. Nous allons voir que, au contraire, il en est une confirmation.

Pendant que la condition résolutoire est en suspens, le donataire a, sur les biens donnés, un véritable droit de propriété. Il peut en user, en jouir comme bon lui semble, il peut même les aliéner. Mais vienne la condition résolutoire à se réaliser, quel sera le sort de ces aliénations ?

Si, traitant avec le tiers acquéreur, le donataire lui a fait connaître la nature de son droit, s'il a déclaré ne pouvoir lui transférer que ce dont il est lui-même titulaire, un droit conditionnel, aucune difficulté ne saurait surgir : le tiers acquéreur saura que son droit est précaire, qu'il peut s'attendre, d'un moment à l'autre, à être dépossédé.

1) V. ci-dessus p. 64 ss.

Le législateur n'a pas voulu exiger du donateur une telle confiance dans la franchise et parfaite loyauté du donataire, il a voulu lui conférer certaines garanties plus matérielles, et c'est là, que l'article en question entre en jeu. La loi accorde au donateur la faculté de faire inscrire au registre foncier le droit de propriété ou les autres droits réels qui pourraient un jour lui faire retour. L'effet de cette inscription, vis à vis des tiers, sera que le donateur pourra faire valoir contre eux les droits dont ils redevient titulaire. Mais comment cet effet se produit-il ? Est-il une exception apportée aux règles relatives au possesseur de bonne foi ? Il ne saurait en être question. Un second effet de cette inscription¹⁾, est de rendre publique la condition résolutoire, qui grève la donation des immeubles auxquels elle se rapporte ; or, cette condition résolutoire inscrite, partant publique, le tiers acquéreur ne saurait arguer de sa bonne foi, s'il a négligé de s'en enquérir. La bonne foi en effet ne s'épuise pas dans un état tout négatif ou passif, de la part de celui qui veut s'en prévaloir ; elle a son côté positif aussi, et entraîne l'obligation de s'enquérir, si le droit, que l'on veut acquérir, n'est entaché d'aucun vice, dans la personne de celui, qui en est titulaire.²⁾

1) Comme de toute inscription au registre foncier : non seulement force constitutive, mais publicité (Oeffentlichkeitsprinzip) V. Wieland op. cit. p. 5, 578 ss.

2) Telle est la signification de la définition qu'a donnée de la bonne foi le tribunal fédéral : « La bonne foi de l'acquéreur doit être considérée comme la conviction sincère qu'il a de ne léser aucun droit étranger, en s'appropriant la chose. Elle est exclue non seulement quand l'acquéreur connaît positivement l'obstacle qui s'oppose, à ce qu'il devienne propriétaire (absence de propriété chez l'acheteur), mais encore, lorsque d'après les circonstances, en se conformant aux principes de la loyauté commerciale, et avec un degré d'attention convenable, il doit admettre que son acquisition est contraire au droit. En d'autres termes, la bonne foi est exclue, quand l'acte d'acquisition repose sur une négligence grave et inexcusable, consistant, soit dans un manque d'attention extraordinaire, soit dans une insouciance coupable du droit d'autrui. » A. T. F. XIV p. 99 ss. c. 5 ; V. Rossel, Man. C. O. p. 263 ; Hafner C. O. ad art. 205 n. 2 ; Reichel, Com. C. c. ad art. 3.

Or, l'ommission par le tiers, qui veut se rendre acquéreur d'un immeuble, de consulter le registre foncier, constitue au plus haut point ce que le tribunal fédéral appelle « un manque d'attention extraordinaire, une insouciance coupable du droit d'autrui. » Un tel acquéreur ne saurait s'en prendre qu'à lui-même s'il se voit un jour dépossédé d'immeubles acquis aussi à la légère : exciper de sa bonne foi serait inadmissible, dans de pareilles circonstances;¹⁾ l'admettre, se serait se mettre en opposition flagrante non seulement avec la doctrine et la jurisprudence, mais encore avec la loi. Car, nul ne peut invoquer sa bonne foi, déclare l'art. 3 du titre préliminaire du code civil, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui.

Mais la protection que la loi accorde au droit inscrit au registre foncier, est plus forte encore. Sans que la question de la bonne foi entre en jeu, l'article 972 al. 1^o trouve une application absolue. Les droits réels naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription dans le grand livre. Il est donc évident que le droit du donateur, toujours plus ancien, sera aussi toujours préférable à celui, nécessairement plus récent qu'un tiers aurait pu acquérir du donataire sur le même objet.²⁾

2^o Les objets donnés sont des meubles.

La condition résolutoire venant à se réaliser, la donation est résiliée de plein droit, les biens donnés, qui se trouvent encore dans le patrimoine du donataire, rentrent ipso jure, si telle a été la volonté des parties, lors de la constitution de la donation, dans celui du donateur.

1) Baudry-Lacantinerie donne la même solution pour ce qui concerne le droit civil français. III p. 631.

2) Positive Rechtskraft des Grundbuches V. Wieland p.575 op. cit.

Mais il se peut aussi, que le donataire se soit dessaisi des objets donnés. Comment le donateur pourra-t-il alors faire valoir ses droits ?

Le droit de retour ayant conféré au donateur un droit réel sur ces objets, il peut, en principe, faire valoir ce droit contre n'importe qui, puisque telle est la nature du droit réel¹⁾. Mais ce principe est loin d'être absolu ; il a été battu en brèche par l'ancien adage « Hand muss Hand wahren » du droit germanique, adage qui a passé, sous une forme ou sous une autre dans toutes les législations modernes.²⁾ Le donateur, qui voudrait exercer son droit de propriété contre un tiers acquéreur, se verra donc le plus souvent opposer une exception tirée de l'art. 714 al. 2° du Code civil suisse et il succombera, s'il ne peut prouver que l'acquéreur n'était pas de bonne foi lorsqu'il a été mis en possession de la chose.³⁾

Le donateur ne pourra donc revendiquer la propriété de l'objet donné contre un tiers acquéreur, que si celui-ci n'a pas acquis de bonne foi la possession de la chose mobilière.⁴⁾

S'il ne parvient pas à faire la preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur, force sera au donateur d'abandonner ses prétentions sur l'objet donné même, il ne pourra s'en prendre qu'au donataire, soit à ses héritiers.

Quels droits le donateur pourra-t-il faire valoir dans ces conditions ?

Le donateur se verra dans la même situation que si l'effet réel de la clause de retour n'avait pas été stipulé. La condition résolutoire s'étant réalisée, le donataire était obligé de restituer l'objet donné. Le donateur avait pour l'y contraindre une

1) V. Wieland, op. cit. p. 1 ss.

2) Comp. C N 2279: en fait de meubles, la possession vaut titre ; D B G B art. 932.

3) C. c. art. 3 al. 1 ; art. 714 al. 2.

4) C. c. art. 936. — V. Dernburg, Büng. R. III p. 347.

action en enrichissement illégitime, puisqu'il se trouve dans l'hypothèse de l'art. 71 C O qui ordonne la restitution de ce qu'on a reçu en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, l'enrichissement du donataire pour le cas de prédécès du donateur. Mais le donateur s'étant dessaisi de l'objet donné, s'est mis par sa faute, dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de restitution. Il est donc tenu, en vertu de l'art. 110 du C O a des dommages-intérêts, soit à la restitution de la valeur de l'objet donné.¹⁾

Il en résulte que, dans l'hypothèse de l'aliénation des objets donnés, le droit réel que le donataire possédait en vertu de son droit de retour, s'est transformé en un simple droit de créance.²⁾

Si les parties ne se sont pas expliquées sur l'effet qu'elles entendaient conférer à la réalisation de la condition résolutoire, et s'il est impossible d'établir d'après les circonstances que les parties ont voulu cet effet réel et l'on rendu possible en stipulant un constitut possessoire pour le cas où elle viendrait à se réaliser, il ne pourra s'agir, en vertu de ce défaut même, que d'un effet purement obligatoire.³⁾

1) Comp. Dernburg, Bürg R. V. p. 210. — V. Schmid, Diss. p. 57.

2) Comp. Laurent, op. cit. XII. p. 552.

3) V. Oser, loc. cit. p. 473.

SECTION III.

Donateur et donataire

sont morts sans qu'il puisse être établi
lequel a survécu à l'autre

Il ne nous reste plus à traiter, sinon pour être complets, du moins pour être logiques, qu'une éventualité, qui ne présentera que bien difficilement un intérêt pratique : celle où le donateur et le donataire sont morts, sans qu'il soit possible de savoir lequel a survécu à l'autre. Comment se présentera la question de la donation à cause de mort ?

Suivant l'exemple du code civil allemand et de nombre de codes cantonaux, le législateur suisse a rejeté la théorie des commorientes telle que l'admettaient les romains, et telle qu'elle avait été développée par le code civil français.¹⁾

La preuve qu'une personne a survécu à une autre incombe à celui qui s'en prévaut, pour en déduire des droits ; cette preuve est-elle impossible, la loi présume que ces deux personnes sont mortes au même moment, de telle sorte, que les héritiers d'aucune d'elles ne pourront s'en prévaloir.

Il sera dès lors impossible de parler d'un «prédéces du donataire» comme le fait notre code ; cette condition manquant, le retour ne pourra pas s'exercer, et les biens donnés feront par conséquent partie de la succession du donataire, puisque la condition résolutoire n'est pas venue mettre fin à ces droits.¹⁾

1) V. Windscheid I p. 238 et bibl. y indiquée. C. c. fr. 720 ss. Comp. Baudry-Lacantinerie III p. 290.

2) V. Ortlhoff op. cit. p. 387 : « la donation à cause de mort exécutée du vivant du donateur tomberait à néant, et la chose donnée reviendrait, pour défaut de survie du donataire dans la succession du donateur. »

Bibliographie et sources.

Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen nach römischem und heutigem Recht 1876.

Aperçu des propositions et des vœux concernant l'avant-projet.

Arrêts du Tribunal fédéral Suisse, Recueil officiel.

Avant-projet du code civil suisse département fédéral de justice et police. Lausanne 1900.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après, Zachariæ, 3^{me} éd.

Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil 1905.

Le même Traité théorique et pratique 1895...

Bertauld, Des substitutions, Revue pratique XII, p. 480.

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse.

Burckhard, Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem 1891.

Code civil suisse, édition annotée par Virgile Rossel.

Code civil français, édition annotée par Tripier et Monnier

Code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Code fédéral des obligations 1881.

Codes cantonaux (Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Berne, Soleure, Argovie, etc...)

Cohen, Die Lehre des römischen Rechts von der Schenkung von Todeswegen, Diss. München 1878.

Corpus juris civilis (éd. Krueger et Mommsen 1908.)

Cosak, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1901.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1900...

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1905-1910.

Dernburg, Pandekten 1900-1901.

Demolombe, Traité des donations entre-vifs et des testaments Cours de Code Napoléon 1868.

Dictionnaire universel de justice naturelle et civile Yverdon 1777.

Abréviations

Adickes

A. T. F.

Avant-projet

Aubry et Rau

Baudry - Lacantinerie

Bull. stén.

Burckhard

C. c.

C. c. fr.

D B G B

C. O.

Cohen

Cosak

Crome

Dernburg Bürg. R.

Dernburg Pand.

Demolombe

Egger, Kommentar zum Z G B, Das Personenrecht livr. I 1910.	Egger
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1905.	Endemann
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes 3 ^e Auflage 1908.	Enneccerus
Escher, Kommentar zum ZGB, Das Erbrecht 1909, livr. I.	Escher
Exposé des motifs de l'avant-projet 1902.	Motifs
Geller, Die Schenkung auf den Todesfall, Oesterreichisches Centralblatt für jur. Praxis 1902.	
Girard, Manuel élémentaire de droit civil romain 1901.	Girard
Glasson, Etude sur les donations à cause de mort, Revue critique 1869-1870 vol. 34, 35 et 36.	Glasson
Hafner, Das Schweizerische Obligationenrecht 1905.	Hafner
Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts 1886.	Heusler
Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts 1886-1893.	Huber
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1906.	Kohler
Laurent, Principes de droit civil français 1887.	Laurent
Message du 28 mai 1904 concernant le projet du code civil suisse.	Message C. c.
Message du 3 mars 1905 concernant le droit des obligations et titre final.	Message C. O.
Monnier, L'esprit de la loi dans l'art. 951, Revue Critique 1880.	Monnier
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches vol. II et V. 1888.	Motive
Ortloff, Die Schenkung, Archiv für Bürgerliches Recht 1902 T. 21.	Ortloff
Oser, Eigentumsvorbehalt u. Abzahlungsgeschäft, Z. für schw. R. Vol. 46.	
Protocole de la commission des experts.	
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B g B, Bd. V. 1898.	
Regelsberger, Pandekten 1893.	Regelsberger
Rehfous et Martin, Introduction à l'étude du code civil suisse 1908, Droit de famille et de succession 1908.	
Reichel, Kommentar zum Z G B, Einleitung 1910.	Reichel
Rivoire, Dictionnaire du code civil suisse 1909.	
Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations 1892.	Rossel Man. C.O.
Rossel, Manuel du droit civil de la Suisse Romande 1886.	Rossel Man. S. rom.

Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse, livr. 1-7.

Savigny, Traité de droit romain, Traduction de Guenoux
1845.

Schmid, Die Schenkung nach dem Schweizerischen Zivil-
gesetzbuch, Dissertation 1909.

Schneider et Fick, Das Schw. Obligationenrecht 1896.

V. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1906.

Suter, Die Nachbarschaft, Inaugural-Dissertation 1908.

Wieland, Kommentar zum Z G B, Das Sachenrecht 1909.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts revu par Kipp
1906.

Rossel et Mentha
Man. C. c.

Savigny

Schmid

Schneider et Frick

v. Staudinger

Suter

Wieland-
Sachenrecht

Windscheid-Kipp



— IMPRIMERIE H. BUTTY & CIE, ESTAVAYER —

